

**Die formelle Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten —
Zur Dogmatik und Kritik der §§ 45 und 46
Verwaltungsverfahrensgesetz**

Inaugural-Dissertation
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Reinhard Eibert
aus Nürnberg

1978
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548222_0004

Die formelle Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten -
Zur Dogmatik und Kritik der §§ 45 und 46 Verwaltungs-
verfahrensgesetz

Inaugural-Dissertation
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg



vorgelegt von
Reinhard Eibert
aus Nürnberg



Referent: Prof. Dr. Hasso Hofmann

Tag der mündlichen Prüfung: 17.2.1978

Inhaltsübersicht

<u>Literaturverzeichnis</u>	V
<u>Einleitung</u>	1
I. Gang der Untersuchung	1
II. Begriffsklärung	2
<u>Teil I: Funktionen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensrechts</u>	4
<u>1. Kapitel: Methodische Fragen</u>	4
<u>2. Kapitel: Die Funktionen von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensrecht im einzelnen</u>	9
§ 1 Sachrichtigkeitsfunktion	9
§ 2 Rechtsstaatliche Funktion im allgemeinen	17
I. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	18
II. Grundsatz der Rechtssicherheit	20
III. Kontrollfunktion	23
IV. Schutzfunktion	24
§ 3 Rechtsschutzfunktion	24
I. Rechtsstaatliches Verfahren als Rechts- schutzvoraussetzung	25
II. Rechtsschutzfunktion im engeren Sinne	30
§ 4 Demokratische Funktion	43
I. Allgemeines	43
II. Legitimationsfunktion	45
§ 5 Weitere Funktionen	50
I. "Effektivitätsfunktion"	50
II. Ordnungsfunktion	52
III. Gleichheitsfunktion	54

<u>Teil II: Dogmatik der §§ 45, 46 VwVfG</u>	56
<u>1. Kapitel: § 46 VwVfG</u>	56
Vorbemerkung	56
§ 6 Geltungsbereich des § 46 VwVfG	58
I. Belastende und begünstigende Verwaltungs- akte	58
II. Gebundene und Ermessensakte	60
§ 7 Adressatenkreis des § 46 VwVfG	65
I. Aufhebung als Oberbegriff für Widerruf und Rücknahme	65
II. Aufhebung als Kassation im Rechtsbehelfs- verfahren	67
§ 8 Die Verletzung von Vorschriften über das Ver- fahren, die Form und die örtliche Zuständigkeit im Sinne des § 46 VwVfG	69
I. Verfahrensfehler	70
II. Formfehler	72
III. Verletzungen der örtlichen Zuständigkeit	72
§ 9 Der Ausschluß des Aufhebungsanspruchs durch § 46 VwVfG	73
I. Negative Aussage des § 46 VwVfG	74
II. Positive Aussage des § 46 VwVfG	75
§ 10 Rechtsdogmatische Einordnung des § 46 VwVfG in die Begriffssystematik des § 113 I 1 VwGO	86
I. Aktueller Meinungsstand	88
II. Eigener Lösungsversuch	91
<u>2. Kapitel: § 45 VwVfG</u>	132
Vorbemerkung	132
§ 11 Dogmatische Natur des Heilungsbegriffes	133
I. Aktueller Meinungsstand	133
II. Eigener Lösungsversuch	135

III

§ 12	Wirkungszeitpunkt der Heilung	143
	I. Aktueller Meinungsstand	143
	II. Eigener Lösungsversuch	143
§ 13	Verhältnis der §§ 45, 46 VwVfG zueinander	148
	I. Prüfungsreihenfolge und Verfahrensökonomie	148
	II. Prüfungsreihenfolge und Dogmatik	150

<u>3. Kapitel: Zusammenfassende Hervorhebung der dog-</u>	
<u>matischen Grundgedanken der §§ 45, 46 VwVfG</u>	152

§ 14	§ 46 VwVfG	152
	I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts	152
	II. Parallele zum Revisionsrecht	153
	III. Verfahrensökonomie	154
	IV. Verbot der Zurückverweisung	154
§ 15	§ 45 VwVfG	155
	I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts	155
	II. Verfahrensökonomie	156
	III. Einheit von Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren	157

<u>Teil III: Kritik der §§ 45, 46 VwVfG</u>	158
---	-----

<u>1. Kapitel: § 46 VwVfG</u>	158
-------------------------------	-----

§ 16	Verfassungsrechtliche Würdigung	158
	I. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	159
	II. Grundsatz der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit	161
	III. Art. 19 IV GG	162
	IV. Grundsatz der Gewaltenteilung	165
	V. Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im allgemeinen	168
	VI. Grundsatz der Demokratie	169

IV

§ 17	Systematische Kritik	171
	I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts	171
	II. Parallele zum Revisionsrecht	176
	III. Verfahrensökonomie	183
	IV. Verbot der Zurückverweisung	183
	V. §§ 75, 79 II VwGO	186
§ 18	Rechtspolitische Kritik	187
	I. Sanktionslosigkeit	188
	II. Der negative Erheblichkeitsnachweis	191
	III. Funktionale Zuordnung von Verwaltungs- verfahrensrecht und verwaltungsgericht- lichem Rechtsschutz	192
	IV. Rückschlüsse aus § 46 VwVfG auf die Behandlung von nicht unter diese Vor- schrift fallenden formellen Fehlern	194
<u>2. Kapitel: § 45 VwVfG</u>		196
§ 19	Verfassungsrechtliche Würdigung	196
§ 20	Systematische Kritik	199
	I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts	199
	II. Verfahrensökonomie	200
	III. Einheit von Verwaltungs- und Wider- spruchsverfahren	200
§ 21	Rechtspolitische Kritik	200
	I. Sanktionslosigkeit	200
	II. Funktionale Zuordnung von Verwaltungs- verfahrensrecht und verwaltungsgericht- lichem Rechtsschutz	201

Literaturverzeichnis

Die Abkürzungsweise beruht auf den Empfehlungen Hildebert Kirchners, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

- | | |
|----------------|---|
| Andersen, Poul | Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe
Mannheim-Berlin-Leipzig 1927 |
| Bachof, Otto | Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz
Eine Untersuchung über Fehlentwicklungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit
Tübingen 1957

Nochmals:ungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit
DVBl. 1958, 6 - 9

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
Band I, 3. Aufl., Tübingen 1966
(zit. "VerfR I")
Band II, Tübingen 1967
(zit. "VerfR II") |
| Badura, Peter | Das Verwaltungsverfahren
in: Allgemeines Verwaltungsrecht
(Hrsg.: Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens), Berlin-New York 1975
S. 233 - 298 |
| Baring, Martin | Bloß kein Gesetz!
JR 1960, 241 - 245 |

Die allgemeinen Lehren des
Verwaltungsrechts als Aufgabe
in: Staatsbürger und Staatsgewalt
Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichts-
barkeit in Geschichte und Gegenwart
Jubiläumsschrift, hrsg. von Helmut R.
Külz und Richard Naumann
Band II, Karlsruhe 1963, S. 31 - 57
(zit. "Allgemeine Lehren")

Bartlsperger, Richard Der Rechtsanspruch auf Beachtung von
Vorschriften des Verwaltungsverfahrens-
rechts
Zur Auslegung des § 36 Abs. 1 Satz 1
BBauG sowie zu den Urteilen des BVerwG
vom 6.12.1967 (DVB1. 1968, 651) und
vom 13.6.1969 - IV C 80.67
DVB1. 1970, 30 - 34

Becker, Franz Das allgemeine Verwaltungsverfahren in
Theorie und Gesetzgebung
Eine rechtsvergleichende Untersuchung
Stuttgart-Bruxelles 1960
(zit. "Verwaltungsverfahren")
Verwaltungsverfahrensrecht in Ost und
West - Ausdruck der "sozialistischen
Gesetzlichkeit" und der "Gesetzmäßig-
keit der Verwaltung" -
Recht in Ost und West 1969, 49 - 56
Die Entscheidungsbegründung im deutschen
Verwaltungs-, verwaltungsgerichtlichen
und verfassungsgerichtlichen Verfahren
in: Die Entscheidungsbegründung in euro-
päischen Verfahrensrechten und im Ver-
fahren vor internationalen Gerichten
Hrsg.: Rainer Sprung unter Mitwirkung

VII

von Bernhard König
Wien-New York 1974, S. 101 - 134
(zit. "Entscheidungsbeurteilung")

Becker, Franz -
Luhmann, Niklas
Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz
Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der
Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten
Berlin 1963

Becker, Hans Joachim
Kodifikation des allgemeinen Verwaltungs-
rechts?
DRiZ 1962, 149 - 152
Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungs-
akte in der Rechtsprechung des Bundes-
verwaltungsgerichts
DÜV 1963, 459 - 466
Rücknahme fehlerhafter begünstigender
Verwaltungsakte und Rückforderung ohne
Rechtsgrund gewährter Leistungen
Entwicklungen und Probleme in der
neueren Rechtsprechung des Bundesver-
waltungsgerichts
DÜV 1973, 379 - 389

Bender, Bernd
Allgemeines Verwaltungsrecht
2. Auflage, Freiburg i. Br. 1956
(zit. "VerwR")
Der fehlerhafte Verwaltungsakt nach
den §§ 34 - 36 des Musterentwurfs eines
Verwaltungsverfahrensgesetzes
DÜV 1965, 446 - 449
Staatshaftungsrecht
Schadensersatz-, Entschädigungs- und
Folgenbeseitigungspflichten aus hoheit-
lichem Unrecht
2. Auflage, Karlsruhe 1974
(zit. "Staatshaftungsrecht")

VIII

- Berg, Wilfried Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungs-
verfahren
Die Verwaltung 1976, 161 - 189
- Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung
der Verwaltung beim Bundesministerium des Innern, hrsg. vom
Bundesminister des Innern, Bonn 1960 (zit. "Bericht")
- Bettermann, Karl August Wesen und Streitgegenstand der verwaltungs-
gerichtsrechtlichen Anfechtungsklage
DVB1. 1953, 163 - 168, 202 f.

Verwaltungsakt und Richterspruch
in: Forschungen und Berichte aus dem
öffentlichen Recht
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek
(hrsg. von Otto Bachof, Martin Draht,
Otto Gönnerwein, Ernst Walz)
München 1955
S. 361 - 389 (zit. "Verwaltungsakt")

Das Verwaltungsverfahren (Bericht)
VVDStRL 17, 118 - 182
Berlin 1959
(zit. "Verwaltungsverfahren")

Anmerkung zu VG Sigmaringen
DVB1. 1963, 824
DVB1. 1963, 826 - 828

Klagebefugnis und Aktivlegitimation im
Anfechtungsprozeß
in: Staatsbürger und Staatsgewalt,
Band II
Karlsruhe 1963
S. 449 - 474
(zit. "Klagebefugnis")
- Brintzinger, Ottobert Das Allgemeine Verwaltungsgesetz für
L. das Land Schleswig-Holstein
DÖV 1968, 16 - 28

IX

- Brunner, Georg Der Selbsteintritt der höheren Behörde
DÖV 1969, 773 - 781
- Bühler, Ottmar Die subjektiven öffentlichen Rechte und
ihr Schutz in der deutschen Verwaltungs-
rechtsprechung
Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914
- Buermeyer, Volker Rechtsschutzgarantie und Gerichtsver-
fahrensrecht
Zur Vereinbarkeit rechtlicher und fak-
tischer Erschwernisse in den verwaltungs-
gerichtlichen Verfahrensordnungen mit
Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG
Köln-Berlin-Bonn-München 1975
- Buri, Eugen Rezension von Ferdinand Kopp, Verfas-
sungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht
NJW 1971, 2061
- Cerutti, K. E. Der Allgemeine Teil des Verwaltungs-
rechtes und die Verwaltungsrechtsprechung
Entwurf eines Gesetzes
Leipzig 1940
- Czermak, Fritz Behördenverfahren und Verwaltungsprozeß
beim Zusammenwirken mehrerer Behörden
NJW 1963, 703 f.

Besprechung von "Allgemeines Verwaltungs-
recht" (Hrsg.: Hans-Uwe Erichsen und
Wolfgang Martens)
Berlin-New York 1975
BayVBl. 1976, 191 f.

- Dagtoglou, Prodromos Befangenheit und Funktionenhäufung in der Verwaltung
in: Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag
München 1967
S. 65 - 103 (zit. "Befangenheit")
Anmerkung zu Hess. VGH, Urt. vom 29.5. 1969, JZ 1971, 257
JZ 1971, 259 f.
- Delitz, Alexander Hat der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes Bedeutung für die Kriegsofferversorgung?
Der Versorgungsbeamte 1964, 69 - 71, 76 - 84, 94 - 95
- Dürig, Gerhard Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen 1964, 616 - 622
- Eichler, Friedrich Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Percha und Kempfenhausen am Starnberger See 1976
- Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - Gegenüberstellung
Musterentwurf zum Referentenentwurf (Stand Juli 1967) - Bemerkungen zum Referentenentwurf (Stand Juli 1967)
Der Bundesminister des Innern I B 4 - 130 210/6
- Erichsen, Hans-Uwe Zum Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein
- Gleichzeitig einige Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes -
Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1966, 121 - 129, 197 - 200

Verfassungs- und verwaltungsrechtsge-
schichtliche Grundlagen der Lehre vom
fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt
und seiner Aufhebung im Prozeß -
ein dogmengeschichtlicher Beitrag zu
Rechtsbindung, Rechtswidrigkeit und
Rechtsschutz im Bereich staatlicher
Eingriffsverwaltung -
Frankfurt/Main 1971
(zit. "Grundlagen")

Erichsen, Hans-Uwe -
Martens, Wolfgang

Das Verwaltungshandeln
in: Allgemeines Verwaltungsrecht
(Hrsg.: Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang
Martens)
Berlin-New York 1975
S. 115 - 232

Eyermann, Erich -
Fröhler, Ludwig

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar
6. Aufl., München 1974

Fellner, Michael

Grundfragen des Verwaltungsverfahrens
in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band
II
Karlsruhe 1963
S. 345 - 363

Feneberg, Hermann

Zum Musterentwurf eines Verwaltungsver-
fahrensgesetzes
DVB1. 1965, 177 - 180, 222 - 225

Fleiner, Fritz

Institutionen des deutschen Verwal-
tungsrechts
8. Auflage, Tübingen 1928

- | | |
|------------------------|---|
| Foerster, German | <p>Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz - LVwG), Kommentar Wiesbaden 1968 ff. (zit. "LVwG")</p> <p>Der Formfehler im Verwaltungsverfahren und seine Heilung
Staats- und Kommunalverwaltung 1969, 183 f.</p> |
| Forsthoff, Ernst | <p>Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Band I: Allgemeiner Teil
10. Aufl., München 1973</p> |
| Frotscher, Werner | <p>Vermögensschutz oder Bestandsschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten?
DVBl. 1976, 281 - 289</p> |
| Gerber, Hans | <p>Die Grundsätze eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts
VerwArch. Bd. 36 (1931), 1 - 85</p> |
| Giacometti, Zaccaria | <p>Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band
Zürich 1960</p> |
| Götz, Volkmar | <p>Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz
NJW 1976, 1425 - 1430</p> |
| von der Groeben, Klaus | <p>Empfiehl es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? (Referat)
in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960 (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages)</p> |

XIII

Band II (Sitzungsberichte), Tübingen 1962
D 5 - D 33 (zit. "DJT")

Ober die Notwendigkeit eines allgemeinen
Verwaltungsgesetzes unter besonderer Be-
rücksichtigung des Entwurfs eines Allge-
meinen Verwaltungsgesetzes für das Land
Schleswig-Holstein

DVB1. 1966, 289 - 291

Das Landesverwaltungsgesetz für das
Land Schleswig-Holstein
Der Landkreis 1968, 90 - 92

von der Groeben, Klaus Allgemeines Verwaltungsgesetz für das
- Knack, Hans Joachim Land Schleswig-Holstein (Landesverwal-
 tungsgesetz), Kommentar
 Köln-Berlin-Bonn-München 1968 ff.

Groschupf, Otto Wie entscheidet das Verwaltungsgericht,
 wenn das Verwaltungsverfahren fehler-
 haft war?

DVB1. 1962, 627 - 634

Anmerkung zu VG Bremen, Urt. vom 16.11.
1962, DVB1. 1963, 260 ff.

DVB1. 1963, 262 f.

Ein Modell für das allgemeine Verwal-
tungsverfahren? Zum Gesetz über
das Verwaltungsverfahren der Kriegs-
opferversorgung

DÖV 1964, 189 - 194

Gützkow, Horst Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte
 der Sozialleistungsträger?

NJW 1964, 1449 - 1454

XIV

Haueisen, Fritz

Anmerkung zu BVerwG, Urt. vom 28.6.1957,
NJW 1958, 154 ff.

NJW 1958, 642 f.

Verwaltungsakte mit Dauerwirkung

NJW 1958, 1065 - 1069

Unnötige Normierung von Grundsätzen des
allgemeinen Verwaltungsrechts im beson-
deren Verwaltungsrecht

DÖV 1959, 5 - 7

Von Anfang an rechtswidrige Verwaltungs-
akte

- Begriffliche Festlegung, Rücknahme be-
günstigender Verwaltungsakte -

Die Ortskrankenkasse 1959, 385 - 388

Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit
eines Verwaltungsakts

NJW 1960, 1881 - 1885

Verwaltungsverfahren und verwaltungs-
gerichtliches Verfahren

DVB1. 1962, 881 - 888

Das Allgemeine Verwaltungsrecht in der
Rechtsprechung des Bundessozialgerichts
in: Staatsbürger und Staatsgewalt

Bd. I, Karlsruhe 1963

S. 255 - 275

Die Rücknahme von Verwaltungsakten als
Kodifikationsproblem

DVB1. 1964, 11 - 16

Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrens-
gesetzes, Köln und Berlin 1964, Rezension

DÖV 1964, 574 f.

Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Verfahren (Unter Berücksichtigung des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes und des Entwurfs eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein)

DVB1. 1966, 773 - 779

Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren
NJW 1967, 2291 - 2294

Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsakt

Zur Bedeutung der Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts für den Bestand von Verwaltungsakten

Die Ortskrankenkasse 1972, 611 - 615

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt
Zur Bedeutung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften für den Bestand von Verwaltungsakten

DÖV 1973, 653 - 657

von Hausen, Heinz

Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG

DÖV 1960, 441 - 444

Heinze, Christian

Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten

VerwArch. Bd. 52 (1961), 159 - 174
275 - 304

Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten

DÖV 1967, 33 - 47

Henke, Wilhelm

Das subjektive öffentliche Recht
Tübingen 1968

- Hoffmann-Fölkersamb,
Werner Zum Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungs-
gesetzes für das Land Schleswig-Holstein
Zugleich einige Bemerkungen zu den Ab-
handlungen von Erichsen und Knack
SchlHAnz. 66, 121 und 130
Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1966,
157 - 159
- Hofmann, Bernhard Verwaltungsverfahren und Beamtenversor-
gung
Gedanken zur Notwendigkeit einer Regelung
des Verwaltungsverfahrens und zum Muster-
entwurf eines Verwaltungsverfahrensge-
setzes aus der Sicht der beamtenrechtli-
chen Versorgung
Jahrbuch des Postwesens 1965, 357 - 388
Beamtenrechtliche Probleme der gesetz-
lichen Regelung des Verwaltungsverfahrens
Zum Musterentwurf eines Verwaltungsver-
fahrensgesetzes
ZBR 1966, 37 - 41
- Hofmann, Hasso Die Rechtsnatur der Widerspruchsfrist
VerwArch. Bd. 58 (1967), 63 - 69,
135 - 170
Legitimität und Rechtsgeltung
Berlin 1977 (zit. "Legitimität")
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht
2. Band, 2. Aufl., Tübingen 1954
- Imboden, Max Der nichtige Staatsakt
Eine verwaltungsrechtliche Studie
Zürich 1944
- Ipsen, Hans Peter Verwaltungsakte
in: Die Verwaltung
Schriftenreihe zur beruflichen Fortbil-
dung der Beamten und Behördenangestellten
(Hrsg.: Friedrich Giese), Bd. 1 Heft 12,
4. Auflage, Braunschweig 1957

- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht
3. Auflage (unveränderter Neudruck),
Offenburg 1948 (mit Nachtrag 1950)
- Jose, Günter Die Einwirkung von Verfahrensmängeln im
Verwaltungsrecht
Ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften
Verwaltungsakt
Diss. Freiburg i.Br. 1958
- Kimminich, Otto Rücknahme und Widerruf begünstigender
Verwaltungsakte
JuS 1965, 249 - 259
- Kirchhof, Paul Die Bedeutung der Unbefangenheit für
die Verwaltungsentscheidung
VerwArch. Bd. 66 (1975), 370 - 386
- Knack, Hans Joachim Der öffentlich-rechtliche Vertrag im
Musterentwurf eines Verwaltungsverfah-
rensgesetzes
- Zugleich eine Entgegnung auf Baring,
DVBl. 1965, S. 180 -
DVBl. 1965, 709 - 712
Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG),
Kommentar
Köln - Berlin - Bonn - München 1976
(zit. "VwVfG")
- Koehler, Alexander Aufbau und Umfang der Verwaltungsge-
richtsbarkeit
in: Staatsbürger und Staatsgewalt,
Bd. II, Karlsruhe 1963
S. 565 - 588

Musterentwurf eines Verwaltungsverfah-
rensgesetzes
MDR 1964, 274 - 278

Musterentwurf eines Verwaltungsverfah-
rensgesetzes
Die Bundesverwaltung 1964, 51 - 53

XVIII

- von Köhler, Ludwig Grundlehren des Deutschen Verwaltungs-
rechts
Stuttgart-Berlin 1935
- Kopp, Ferdinand O. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit
im Verwaltungsverfahren
BayVBl. 1969, 272 - 274

Die Heilung von Mängeln des Verwaltungs-
verfahrens und das Nachschieben von
Gründen im Verwaltungsprozeß
VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 - 259

Verfassungsrecht und Verwaltungsverfah-
rensrecht
Eine Untersuchung über die verfassungs-
rechtlichen Voraussetzungen des Verwal-
tungsverfahrens in der Bundesrepublik
und die Bedeutung der Grundentscheidungen
der Verfassung für die Feststellung, Aus-
legung und Anwendung des geltenden Ver-
waltungsverfahrensrechts
München 1971 (zit. "Verfassungsrecht")

Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar
München 1976 (zit. "VwVfG")
- Kormann, Karl System der rechtsgeschäftlichen Staats-
akte
Verwaltungs- und prozeßrechtliche Unter-
suchungen zum allgemeinen Teil des öffent-
lichen Rechts
Berlin 1910
- Krause, Peter Hochschulprüfungen und ihre Kontrolle
als Rechtsproblem
WissR 1970, 118 - 136

XIX

- | | |
|------------------------|---|
| Krawietz, Werner | Das positive Recht und seine Funktion
Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie
Berlin 1967 |
| Kube, Edwin | Den Bürger überzeugen
Stil, Strategie und Taktik der Verwaltung
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1973 |
| Kuhn, Gustav | Landesverwaltungsgesetz - Schleswig-Holstein, Kommentar
Flensburg 1968 |
| Langrod, Georges | Probleme des allgemeinen Verwaltungsverfahrens
DVB1. 1961, 305 - 313 |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York
1975 |
| Laubinger, Hans-Werner | Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrens-
gesetzes des Bundes von 1973
JA 1975, 593 - 596 (ÖR 173 - 176)

Der E VwVerfG 1973 - Inhaltsüberblick
und Kritik
JA 1975, 733 - 736 (ÖR 217 - 220)
809 - 816 (ÖR 241 - 248)
JA 1976, 59 - 60 (ÖR 19 - 20)
267 - 270 (ÖR 83 - 86)
339 - 342 (ÖR 107 - 110)
469 - 472 (ÖR 137 - 140)
537 - 542 (ÖR 157 - 162)

Synopsis der Vorschriften des VwVfG,
seiner Entwürfe, der AO 1977 und des SGB
JA 1976, 695 - 698 (ÖR 215 - 218) |

- Lerche, Peter Das Nachschieben "tatsächlicher" Gründe
im Anfechtungsprozeß
NJW 1953, 1897 - 1899

Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör"
ZZP 78. Bd. (1965), 1 - 31
- Lorenz, Dieter Der Rechtsschutz des Bürgers und die
Rechtsweggarantie
München 1973
- Luhmann, Niklas Öffentlich-rechtliche Entschädigung
rechtspolitisch betrachtet
Berlin 1965 (zit. "Entschädigung")

Funktionale Methode und juristische
Entscheidung
AöR Bd. 94 (1969), 1 - 31

Legitimation durch Verfahren
2. Aufl., Darmstadt und Neuwied 1975
(zit. "Legitimation")
- Theodor Maunz/Günter
Dürig/Roman Herzog Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, II
4. Aufl., München 1974 (Stand 14. Liefere-
rung, Januar 1976)
- Maurer, Hartmut Das Verwaltungsverfahrensgesetz des
Bundes
JuS 1976, 485 - 497
- Mayer, Franz Verfahrensgrundsätze der Verwaltung
BayVBl. 1960, 332 - 339

Allgemeines Verwaltungsrecht, Eine
Einführung
3. Auflage, Stuttgart-München-Hannover
1972 (zit. "Verwaltungsrecht")
- Melichar, Erwin Das Verwaltungsverfahren (Mitbericht)
VVDStRL 17, 183 - 212
Berlin 1959

Christian-Friedrich
Menger

Anmerkung zu OVG Münster, Urt. vom
20.3.1950, DVBl. 1950, 674 ff.
DVBl. 1950, 677 f.

System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes

Eine verwaltungsrechtliche und prozeß-
vergleichende Studie

Tübingen 1954 (zit. "System")

Der Schutz der Grundrechte in der Verwal-
tungsgerichtsbarkeit

in: Die Grundrechte

Handbuch der Theorie und Praxis der
Grundrechte (Hrsg.: K. A. Bettermann,
Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner)
3. Bd. 2. Halbband: Rechtspflege und
Grundrechtsschutz

Berlin 1959, S. 717 - 778

(zit. "Grundrechte")

Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung
DÖV 1969, 153 - 161

Meyer, Hans/Borgs -
Maciejewski, Hermann

Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar
Frankfurt/Main 1976

Müller, Friedrich

Normstruktur und Normativität

Zum Verhältnis von Recht und Wirklich-
keit in der juristischen Hermeneutik,
entwickelt an Fragen der Verfassungs-
interpretation

Berlin 1966

von Münch, Ingo

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demo-
kratischen und sozialen Rechtsstaat

in: Allgemeines Verwaltungsrecht

(Hrsg.: Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang
Martens), Berlin-New York 1975,

S. 1 - 49

- | | |
|--|---|
| Münzner, Richard | Rechtsgrundsätze zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts in den neueren Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte von Preußen und Sachsen und der Verwaltungsgerichtshöfe von Bayern und Württemberg
VerwArch. Bd. 43 (1938), 95 - 155 |
| Mußnug, Reinhard | Das Recht auf den gesetzlichen Verwaltungsbeamten?
Überlegungen zum inkompetenten Verwaltungshandeln
Göttingen 1970 |
| Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963)
2. Aufl., Köln-Berlin 1968 (zit. "Musterentwurf") | |
| Nägeli, H. | Das rechtliche Gehör im verwaltungsgewöhnlichen Verfahren
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1954, 113 - 123, 145 - 154 |
| Naumann, Richard | Anmerkung zu Bad. Württ. VGH, Beschluß vom 25.1.1952, DVBl. 1952, 404
DVBl. 1952, 406 f.

Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urt. vom 30.1.1952, DVBl. 1952, 693, DVBl. 1952, 695 f. |
| Neufelder, Martin | Umfang der Bewertungsbegründung bei Prüfungsarbeiten
BayVB1. 1974, 335 - 337 |
| Neuser, Klaus | Die Gesetzgebungskompetenzen für das Verwaltungsverfahren, Diss. Göttingen 1974. |

Obermayer, Klaus

Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung
Rechtsfragen der paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Aktiengesellschaften der Leistungsverwaltung und in kommunalen Eigenbetrieben
Neuwied und Berlin 1973
(zit. "Mitbestimmung")

Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts
2. Aufl., Stuttgart-München-Hannover
1975 (zit. "Grundzüge")

Verwaltungsverfahrensgesetz
Einführung und Erläuterungen mit Gesetzestext
Neuwied 1976 (zit. "VwVfG")
(= Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz.
Einführung und Übersicht
RiA 1976, 81 - 89, 101 - 110)

Oettl, Gerhard

Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat
Berlin 1971

Ossenbühl, Fritz

Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte
Betrachtungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963)
DÖV 1964, 511 - 521

Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte
2. Aufl., Berlin 1965 (zit. "Rücknahme")

Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrens-
gesetzes

SKV 1966, 297 - 303

Ministerialerlasse als Gegenstand der
verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle
DVBl. 1969, 526 - 529

Papier, Hans-Jürgen

Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt
Tübingen 1973

Peters, Hans

Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949

Pfenninger, Adolf

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in
Verwaltungssachen
Schweizerisches Zentralblatt für Staats-
und Gemeindeverwaltung 1950, 473 - 479

Pietzcker, Jost

Verfassungsrechtliche Anforderungen an
die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen
Berlin 1975

Pietzner, Rainer

Wirksamkeit und Fehlerhaftigkeit von
Verwaltungsakten
JA 1975, 249 - 258 (ÖR 65 - 74)

Possehl, Willi

Vereinheitlichung des allgemeinen Ver-
waltungsverfahrens in Bund und Ländern
SKV 1964, 228 - 235

Püttner, Günter

Allgemeines Verwaltungsrecht
Ein Studienbuch
3. Aufl., Düsseldorf 1975

- Rasch, E./Patzig, W. Verwaltungsorganisation und Verwaltungs-
verfahren
in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsge-
setze des Bundes und der Länder
(hrsg. von C. H. Ule), Bd. I 1. Halbband,
Köln-Berlin-Bonn-München 1962
- Rautenberg, J. Untersuchungsmaxime und Zurückverweisun-
gen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren
NJW 1955, 1545 f.
- Redeker, Konrad Notwendigkeit und rechtliche Gestaltungs-
möglichkeiten von Parlamentsbeauftragten
in Deutschland
NJW 1967, 1297 - 1301

Sozialstaatliche Gestaltung und rechts-
staatliche Bindung
zugleich: Standort der Verwaltungsge-
richte in diesem Spannungsfeld
DVB1. 1971, 369 - 374
- Renkl, Günter Der Anspruch auf rechtliches Gehör im
Verwaltungsverfahren
Diss. Mannheim 1971
- Reuter, Albert Allgemeines Verwaltungsrecht in der
Rechtsprechung des Bayerischen Verwal-
tungsgerichtshofs und des Bayerischen
Verfassungsgerichtshofs
München 1952
- Rietdorf, Fritz Über die Zweckmäßigkeit der Kodifizie-
rung von Teilgebieten des Allgemeinen
Verwaltungsrechts in einem Verwaltungs-
verfahrensgesetz
DÖV 1960, 614 - 617

- Zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
-Einführung und leitende Gesichtspunkte-
DVB1. 1964, 293 - 302, 333 - 337
- Ruh, Adolf Zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung
Bundesversorgungsblatt 1955, 139 - 148
- Rupp, Hans Heinrich Nochmals: Zur Begründung von Ermessensentscheidungen nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes
ZRP 1971, 233 f.
- Sauer, Hubert Urteilsanmerkung zu OVG Saarlouis
DVB1. 1971, 557 f.,
DVB1. 1971, 558 - 560
- Sauerwein, Georg Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2. Mai 1955 und seine Anwendung
Essen, 4. Ersatzblattlieferung zur 2. Auflage (Stand: 31. Juli 1970)
- Scheerbarth, Walter Gedanken zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
Unter Berücksichtigung des Schleswig-Holsteinischen Entwurfs eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes
DVB1. 1966, 780 - 784
- von Scheurl, Freiherr Eberhard Die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens und der Vollzug der Verwaltungshandlungen
in: Deutsches Verwaltungsrecht (Hrsg.: Hans Frank), München 1937, S. 351 - 377

- Schick, Walter Notwendigkeit und Funktion der Begründung bei Verwaltungsakten
JuS 1971, 1 - 9
- Schickedanz, Erich Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahrensgesetz-Entwurf
ZRP 1975, 182 - 184
- Schmitt-Lermann, Hans Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
JZ 1964, 402 - 409
- Schönleiter, Waldemar/
Hennig, Walter Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung (VfG),
Kommentar
2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main
1969
- Scholz, Rupert Konzentrationskontrolle und Grundgesetz
Stuttgart 1971
- Schuegraf, Elmar Der mehrstufige Verwaltungsakt
NJW 1966, 177 - 182
- Schwarze, Jürgen Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz
Berlin 1974
- Sendler, Horst Das Verfahren der Berliner Verwaltung
Zum Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung
DÖV 1959, 439 - 450

Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz
AöR Bd. 94 (1969), 130 - 158

- Spanner, Hans Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren
DÖV 1958, 651 - 656
- Empfiehl es sich, den Allgemeinen Teil
des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?
Gutachten für den 43. Deutschen Juristen-
tag
in: Verhandlungen des 43. Deutschen Ju-
ristentages München 1960 (hrsg. von der
Ständigen Deputation des Deutschen Ju-
ristentages)
Bd. I (Gutachten), 2. Teil A
Tübingen 1960 (zit. "DJT")
- Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrens-
gesetzes
DVBl. 1964, 845 - 849
- Der Regierungsentwurf eines Bundes-Ver-
waltungsverfahrensgesetzes
JZ 1970, 671 - 675
- Stelkens, Paul Verwaltungsverfahrensgesetz,
Bonk, Heinz J. Kommentar
Leonhardt, Klaus München 1978
- Stern, Klaus Das allgemeine Verwaltungsrecht in der
neueren Bundesgesetzgebung
JZ 1962, 265 - 269, 297 - 302
- Stiebens, Heinz Jürgen Übernahme der Sondervorschriften der
Flurbereinigungsgerichtsbarkeit in ein
kommendes gemeinsames Prozeßrecht der
öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten
DVBl. 1971, 98 - 103
- Stür, Bernhard Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungs-
entscheidungen
DÖV 1974, 257 - 264

- Thannheiser-Wende-Zech Handbuch des Bundesversorgungsrechts
(Bearbeitet von Georg Wende und Robert Zech)
Bd. 2: Verwaltungsverfahrensgesetz mit
Verwaltungsvorschriften und Erläuterungen
München o. J.
- Thomas, Werner Musterentwurf für ein Verwaltungsver-
fahrensgesetz
DÖV 1964, 361 - 365
- Tipke, Klaus Steuerliche Betriebsprüfung im Rechts-
staat
München 1968
- Tschira, Oskar/
Schmitt Glaeser, Walter Verwaltungsprozeßrecht
Grundriß mit Systematik zur Fallbearbei-
tung
2. Auflage, Stuttgart-München-Hannover
1975 (zit. "VwGO")
Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
und des Freistaates Bayern
München 1976 (ergänzt bis Januar 1977)
(zit. "VwVfG")
- von Turegg, Kurt Egon/
Kraus, Erwin Lehrbuch des Verwaltungsrechts
4. Aufl., Berlin 1962
- Ule, Carl Hermann Das Bonner Grundgesetz und die Verwal-
tungsgerichtsbarkeit
Tübingen 1950
Verwaltungsverfahren und Verwaltungs-
gerichtsbarkeit
DVB1. 1957, 597 - 603
Nochmals: Verwaltungsverfahren und Ver-
waltungsgerichtsbarkeit
DVB1. 1958, 9 f.

Hat sich der Entwurf einer Verwaltungs-
rechtsordnung für Württemberg bewährt?
DVB1. 1960, 609 - 617

Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug
in: Recht im Wandel. Beiträge zu Strö-
mungen und Fragen im heutigen Recht.
Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns
Verlag KG
Köln-Berlin-Bonn-München 1965
S. 53 - 89 (zit. "Verwaltungsreform")

Rechtmäßigkeit
in: Verwaltung
Eine einführende Darstellung (Hrsg.:
Fritz Morstein Marx in Verbindung mit
Erich Becker und Carl Hermann Ule)
Berlin 1965
S. 245 - 263 (zit. "Rechtmäßigkeit")

Verwaltungsverfahren und Verwaltungs-
prozeß
Zur Vereinheitlichung des Verwaltungs-
verfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts
VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 - 134
Das Verwaltungsverfahrensgesetz
DVB1. 1976, 421 - 429

Ule, Carl Hermann/
Becker, Franz

Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat
Bemerkungen zum Musterentwurf eines Ver-
waltungsverfahrensgesetzes
Köln und Berlin 1964

Ule, Carl Hermann/
Sellmann, K. A.

Zum Stand der Vereinheitlichung des Ver-
waltungsverfahrensrechts
Ein Beitrag zu neuen Vorschlägen des
Bund-Länder-Ausschusses und zum schlesw.-
holst. Landesverwaltungsgesetz
DVB1. 1967, 837 - 842

Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg

Entwurf eines Gesetzes mit Begründung

Mit Ermächtigung des Württ. Staatsministeriums herausgegeben von
der Kommission für die Landesordnung des Allgemeinen öffentlichen
Rechts

Im Anhang: Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für
Württemberg

Stuttgart 1931 (zit. "EWVRO 1931")

Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg

Entwurf eines Gesetzes mit Begründung

Mit Ermächtigung des Württ. Staatsministeriums hrsg. von
Leopold Hegelmaier

Stuttgart 1936 (zit. "EWVRO 1936")

Vogel, Klaus

Der gerichtliche Rechtsschutz des Ein-
zelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt
in der Bundesrepublik Deutschland
in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive
Bd. 1 (hrsg. vom Max-Planck-Institut
für ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht, Heidelberg)
Köln-Berlin-Bonn-München 1969
S. 127 - 183 (zit. "Rechtsschutz")

Organisationsrecht, Polizeiliches Handeln,
Rechtsschutz und Ausgleichsansprüche
1. Band von Drews/Wacke/Vogel/Martens,
Gefahrenabwehr
Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht)
des Bundes und der Länder
8. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1975
(zit. "Gefahrenabwehr")

Voucko, Manfred

Die Pflicht zur Begründung von Verwal-
tungsakten
Diss. Frankfurt/Main 1967

- Wanner, Ernst D. Verwaltungsverfahrensfehler und verwaltungsgerichtliche Klage
Diss. Würzburg 1968
- Weber, Werner Der fehlerhafte Verwaltungsakt als Gegenstand der Gesetzgebung
AöR Bd. 34 (1944), 60 - 85

Empfiehl es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? (Referat)
in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages in München 1960 (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages) Bd. II (Sitzungsberichte) Tübingen 1962, D 37 - 59
(zit. "DJT")
- von Welck, Stephan Die Begründung von Ermessensentscheidungen nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes
ZRP 1971, 124 - 126
- Wenzel, Alfons Wegweiser zum Verwaltungshandeln
Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz
in: Bayerische Staatszeitung Nr. 31 vom 30. Juli 1976, S. 6
- Weyreuther, Felix Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren
DVB1. 1972, 93 - 101
- Wimmer, Raimund Der befangene Amtsträger im behördlichen Verfahren (zugleich eine Untersuchung über die Zulässigkeit von Verfahrensanalogien)
MDR 1962, 11 - 14

- Wolff, Hans Julius Anmerkung zu OVG Münster, Urt. vom
22.9.1958, DVBl. 1959, 72
DVBl. 1959, 75
Verwaltungsrecht III (Ordnungs-, Lei-
stungs- und Verwaltungsverfahrenrecht)
Ein Studienbuch
3. Aufl., München 1973 (zit. "III")
- Wolff, Hans Julius - Verwaltungsrecht I
Bachof, Otto Ein Studienbuch
9. Aufl., München 1974
- Zinser, H. W. Der allgemeine Teil des öffentlichen
Rechts in der jüngsten Rechtsprechung
des badischen, bayerischen, sächsischen
und württembergischen Verwaltungsgerichts-
hofes, bzw. Oberverwaltungsgerichts
VerwArch. Bd. 39 (1934), 40 - 79, 229 -
264
- Zippelius, Reinhold Legitimation durch Verfahren?
in: Festschrift für Karl Larenz zum
70. Geburtstag (Hrsg.: Gotthard Paulus,
Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris)
München 1973, S. 293 - 304
- Zschacke Die Begründung des Verwaltungsakts und
ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitver-
fahren
NJW 1954, 413 - 415
Die Zurückverweisung der Sache vom Ver-
waltungsgericht an die Verwaltungsbehör-
de
NJW 1958, 1420 - 1424.

Einleitung

I. Gang der Untersuchung

Die Frage, ob und in welchen Fällen Mängel des Verwaltungsverfahrens, das einem Verwaltungsakt vorangegangen ist, für sich allein genügen, um im Anfechtungsprozeß zur Aufhebung der betroffenen Verwaltungsentscheidung zu führen, oder durch die Nachholung der entsprechenden Verfahrenshandlungen des Gerichts und der Beteiligten geheilt werden können, gehörte lange Zeit zu den meist umstrittenen Fragen des Verwaltungsrechts.¹⁾

Nach langjährigen Vorbereitungsarbeiten regelte der Bundesgesetzgeber diese Fragen in Form der §§ 45, 46 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25.5.1976 (BGBl. I S. 1253).²⁾

Da jede gesetzliche Klärung von Streitfragen andererseits regelmäßig bis dahin unbekannte Probleme aufwirft, steht die Auseinandersetzung mit der Dogmatik dieser neuen Vorschriften im Mittelpunkt der Untersuchung (Teil II). Als Gegenstand der Darstellung wurden die §§ 45, 46 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes gewählt, weil sie gleichsam Modellcharakter für die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder besitzen und sich aus diesem Grund eine gesonderte Erörterung derselben erübrigt.³⁾

Nachdem das Gesetzgebungsverfahren bezüglich der §§ 45, 46 VwVfG von heftigen Kontroversen innerhalb der Rechtslehre und der Rechtspraxis begleitet war, folgt im Anschluß an die Dogmatik eine eingehende kritische Würdigung dieser Normen unter verfassungsrechtlichen, systematischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten (Teil III), die den Standort der §§ 45, 46 VwVfG im Rahmen der Gesamtrechtsordnung deutlich werden läßt und

1) So besonders deutlich Ferdinand O. Kopp, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219.

2) Geändert durch Art. 7 Nr. 4 des Adoptionsgesetzes vom 2.7.1976 (BGBl. I S. 1749).
Gemäß § 103 Abs. 1 VwVfG sind die §§ 45, 46 VwVfG am 1.1.1977 in Kraft getreten.

3) Vgl. z.B. Art. 45, 46 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG) vom 23.12.1976 (GVBl. S. 544), die wörtlich mit §§ 45, 46 VwVfG übereinstimmen.
Zum BayVwVfG vgl. Friedrich Giehl, Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern, München, Stand: 1.2.1977 (1. Erg. Lief.).

deren Grundproblematik in größeren Zusammenhängen erkennbar macht.

Vorangestellt wird der Dogmatik und Kritik der §§ 45 und 46 VwVfG eine Darstellung der Funktionen und Aufgaben, die das Verwaltungsverfahren in seiner Gesamtheit wie auch in seinen wesentlichsten einzelnen Einrichtungen und das Verwaltungsverfahrenserecht erfüllen können (Teil I). Diese Funktionsanalyse schafft die theoretische Grundlage, von welcher die Erarbeitung der dogmatischen Positionen ihren Ausgang nimmt, und trägt der Bedeutung Rechnung, die der Normfunktion für die Rechtsfolgenbestimmung im Verletzungsfalle zukommt.¹⁾

II. Begriffsklärung

1) Mit der Wahl des Themenbegriffes "formelle Rechtswidrigkeit" ist keine - vorweggenommene - Anerkennung derjenigen Lehre verbunden, die Verletzungen formellen Rechts ohne potentielle Auswirkungen auf den Entscheidungsinhalt als nicht rechtswidrigkeitsbegründend ansieht und für welche Fritz Hauelsen²⁾ die Bezeichnung: Lehre von der "formellen Rechtswidrigkeit" geprägt hat.

Unter formeller Rechtswidrigkeit im Sinne des Themas ist vielmehr die Gesamtheit derjenigen Rechtsverstöße zu verstehen, die das einem Verwaltungsakt vorhergehende Verwaltungsverfahren, die Form desselben und die Zuständigkeit der handelnden Verwaltungsbehörde betreffen.

Der Versuch einer schärferen Ausgrenzung der formellen Verstöße unterbleibt im Hinblick auf die in der Rechtslehre mittlerweile erreichte Obereinstimmung, daß eine präzise rechtsbegriffliche Trennung von formellem und materiellem Recht nicht möglich ist, vielmehr zahlreiche Überschneidungen und fließende Übergänge bleiben.

1) Auf diesen Zusammenhang weist besonders deutlich BVerwGE 27, 295 (299) hin.

2) Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Verfahren, DVBl. 1966, 773 (776 Anm. 23).

2) Im Rahmen der folgenden Untersuchung wird an Stelle des Begriffes "formeller Fehler" häufig derjenige des Verfahrensmangels gebraucht. Eine sachliche Differenzierung soll damit nicht zum Ausdruck kommen; beide Begriffe werden vielmehr, soweit nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges gesagt ist, synonym verwendet und kennzeichnen die Gesamtheit der Verletzungen von Verfahrensrecht im weiteren Sinne, d. h. einschließlich von Form- und Zuständigkeitsvorschriften.¹⁾

3) Unberücksichtigt bleibt in der folgenden Untersuchung das förmliche Verwaltungsverfahren, das in den §§ 63 ff. VwVfG geregelt ist.

Wie insbesondere die §§ 65, 67 und 68 VwVfG zeigen, ist diese Verfahrensart dem Gerichtsverfahren stark angenähert²⁾. Es nimmt damit eine Mittelstellung zwischen (einfachem) Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Verfahren ein und stellt damit sowohl funktionell wie auch im Hinblick auf die Rechtsfolgenbestimmung im Verletzungsfall vor andere Probleme.

1) German Foerster, Der Formfehler im Verwaltungsverfahren und seine Heilung, SKV 1969, 183, verweist darauf, daß eine feste Abgrenzung zwischen Formvorschriften im engeren Sinn und Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften nicht überall vorgenommen wird und auch entbehrlich ist.

2) So besonders Ferdinand Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1976, 1. zu § 63; German Foerster, Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz), Kommentar, Wiesbaden 1968 ff., 2. zu § 130; ferner Willi Possehl, Vereinheitlichung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens in Bund und Ländern, SKV 1964, 228 (233).

Teil I: Funktionen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensrechts

1. Kapitel: Methodische Fragen

Die Ermittlung der möglichen Funktionen des Verwaltungsverfahrens und des zugehörigen Rechts im Rahmen der Gesamtrechtsordnung wirft eine Reihe von Fragen auf, die sich auf die Methode der Untersuchung beziehen und daher vorweg behandelt werden sollen.

Sie lassen sich unter den Stichworten Inhalt des Funktionsbegriffes, Verhältnis der Funktionsarten zueinander und generelle Bedeutung der funktionalen Methode in der Rechtswissenschaft zusammenfassen.

Mit dem Inhalt des Funktionsbegriffes hat sich Werner Krawietz besonders eingehend beschäftigt.¹⁾

Ausgehend von der Erkenntnis der Mehrdeutigkeit des Funktionsbegriffes unterscheidet er drei verschiedene Aspekte, die bereits in der Wortbedeutung selbst anklingen.

Funktion leitet sich her vom lateinischen "functio", das mit Verrichtung zu übersetzen ist. Eine Verrichtung erfolgt im Regelfall "im Hinblick auf etwas", "in einem gewissen Beziehungszusammenhang". "Daher meint Funktion einerseits Tätigkeit als die auf die Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichtete Verrichtung, andererseits aber auch die Zweckbestimmung dieser Tätigkeit als solche, die mit einer Tätigkeit zu erfüllende Aufgabe und die in der Erfüllung dieser Aufgabe durch die Tätigkeit liegende Leistung."²⁾

1) Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie, Berlin 1967.

Die folgenden Ausführungen beruhen auf dieser Schrift (S. 39).

Die Hervorhebungen finden sich bereits im Text.

2) Vgl. hierzu ferner Krawietz, a. a. O., S. 42.

In der zweiten von Krawietz erarbeiteten Bedeutungsvariante findet der Funktionsbegriff ganz überwiegend Verwendung.

Funktion wird verstanden als Zweckbestimmung einer näher zu beschreibenden Tätigkeit bzw. als Aufgabe, die mit der jeweiligen Tätigkeit erfüllt werden soll.

So legt Niklas Luhmann ¹⁾ im Anschluß an Krawietz dar, die Funktion eines Rechtsinstituts oder Rechtssatzes liege "in einer die Wirklichkeit gestaltenden Aufgabe, in der Bewirkung geschätzter Wirkungen, in einem Zweck." Funktion sei "finale Struktur", "objektive Zweckrichtung". ²⁾

Weiterhin kann man unter Funktion außer der beabsichtigten Wirkung auch bloße Nebenwirkungen verstehen, die nicht intendiert sind. ³⁾

1) Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR Bd. 94 (1969), 1 (2).

2) Ähnlich Walter Schick, Notwendigkeit und Funktion der Begründung bei Verwaltungsakten, JuS 1971, 1 (5 f.), ohne jedoch den Inhalt des Zweckbegriffes näher zu erläutern.

3) So z.B. Jost Pietzcker, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen, Berlin 1975, S. 29, im Rahmen der Ermittlung der Zwecke schulischer Prüfungen; anders aber Manfred Voucko, Die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten, Diss. Frankfurt/Main, S. 89 Anm. 250, der beide Wirkungsweisen scharf trennt.

So weisen zahlreiche Verfahrensrechtssätze und -institute neben den beabsichtigten Wirkungen auch solche auf, die zunächst überhaupt nicht erkannt oder der jeweiligen Norm ohne Bewußtsein ihrer Tragweite und Konsequenzen beigelegt worden, für eine sinnvolle Erfassung und Standortbestimmung derselben gleichwohl unerläßlich sind.¹⁾ Dieses Nebeneinander zweier unterschiedlicher Wirkungsarten des Verfahrensrechts gilt es im folgenden methodisch zu bewältigen. Fritz Ossenbühl²⁾ empfiehlt gerade im Hinblick auf diese beiden Funktionsarten zur Ermittlung von Sinn und Zweck der formellen Vorschriften des öffentlichen Rechts eine Auswertung des vorhandenen Gesetzesmaterials mittels der induktiven Methode. Nur auf diese Weise ließen sich abschließende Ergebnisse gewinnen.

Wir folgen diesem Vorschlag aus Gründen der Praktikabilität nicht. Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, alle im geltenden Recht vorhandenen formellen Vorschriften zusammenzutragen und auf ihren jeweiligen Funktionsgehalt hin zu überprüfen. Ferner weisen - wie sich noch zeigen wird - die dem formellen Recht zugehörigen Rechtssätze und Rechtsinstitute mit jeweils gleichem Regelungsgegenstand auch dieselben Funktionen auf, gleich in welchem Gesetz sie enthalten sind und

1) So besonders deutlich Pietzcker, a.a. O., S. 29, im Hinblick auf Prüfungen; Voucko, a. a. O., S. 89 Anm. 250, für den Begründungszwang bei Verwaltungsakten; Fritz Ossenbühl, Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte. Betrachtungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), DÖV 1964, 511 (516), der von "(Neben-)Zwecke(n)" spricht, welche den Verfahrensvorschriften "möglicherweise" innewohnen; ähnlich Luhmann, a. a. O., wenn er das "Objektiv-Zweckmäßige" den "bloß subjektiv gemeinten Zwecke(n)" gegenüberstellt; ders., Legitimation durch Verfahren, 2. Auflage, Darmstadt und Neuwied 1975, S. 223 f., hinsichtlich des Verhältnisses von Rechtsschutzfunktion und Legitimationsfunktion des Verwaltungsverfahrens.

2) DÖV 1964, 511 (516).

welchem Sachgebiet sie zugehören. Wir beschränken uns daher darauf, die Stellungnahmen von Lehre und Rechtsprechung, die das formelle Recht unter funktionellen Aspekten analysieren, zu sammeln und zu ordnen, um auf diese Weise einen Überblick über die funktionelle Dimension dieses Normbereichs zu erhalten.

Dabei unterscheidet die folgende Untersuchung nicht zwischen Funktion im Sinne eines beabsichtigten Zweckes und Funktion als lediglich tatsächlich existenter Nebenwirkung.¹⁾

Methodischer Hintergrund dieses Vorgehens ist die Überlegung, daß beide Zweckvarianten gleichwertig sind, weil sich jede Norm nach ihrem Inkrafttreten vom Willen des historischen Gesetzgebers ablöst und ein Eigenleben führt, damit aber auch an allen Wandlungen in der Bewertung der Funktionen des Verwaltungsverfahrensrechts teilnimmt. Das wiederum bedeutet,

1) Die Methode, deren sich die folgende Untersuchung bedient, fügt sich ein in eine Tendenz, die überall im rechtswissenschaftlichen Bereich zu beobachten ist: das Recht zunehmend unter funktionellem Blickwinkel zu sehen. So betont z.B. Martin Bullinger (Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968, passim, insb. aber Vorwort (S.7) und S.80 f.) ganz besonders die Vorteile einer stärker akzentuierten funktionalen Sichtweise des Rechts. Werner Krawietz (A.a.O., S.16 f.) macht der Rechtstheorie den Vorwurf, den funktionalen Aspekt des positiven Rechts bislang allzu sehr vernachlässigt zu haben. Er fordert daher eine "Neuorientierung der allgemeinen Rechtstheorie" (S.18; ähnlich S.20, 28), die dem Zweck im Recht genügend Beachtung schenkt. Vgl. auch Jürgen Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, Berlin 1974.

daß keine Norm, funktionell betrachtet, statisch ist, vielmehr einem stetigen Wandlungsprozeß unterliegt.¹⁾

Schließlich trennt die folgende Funktionsanalyse nicht die Funktionen des Verwaltungsverfahrens von denjenigen des Verwaltungsverfahrensrechts. Denn die Zwecke, welchen das Verwaltungsverfahren als Rechtseinrichtung dient, ergeben sich unter normativem Aspekt aus dem Verfahrensrecht, das geschaffen ist, um den Ablauf des Verwaltungsverfahrens zu regeln und in geordnete Bahnen zu lenken.

1) So die herrschende objektive Auslegungstheorie:
vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975, 302 ff.

2. Kapitel: Die Funktionen von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensrecht im einzelnen

§ 1 Gewährleistung sachlich richtiger Verwaltungsentscheidungen

Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ stimmen darin überein, daß Verwaltungsverfahren und zugehöriges Verfahrensrecht in erster

- 1) Besonders deutlich BayVGh, Urt. vom 17.7.1974, BayVBl. 1975, 367 (368); im Ergebnis ebenso BVerwG, Urt. vom 22.3.1974, BayVBl. 1975, 395 (398).
- 2) Franz Becker/Niklas Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz. Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten, Berlin 1963, S. 136: "Organisations- und Verfahrensvorschriften dienen,..., im wesentlichen der Sicherstellung richtiger Entscheidungen."; Klaus Neuser, Die Gesetzgebungskompetenzen für das Verwaltungsverfahren, Diss. Göttingen 1974, S. 23; ebenso Poul Andersen, Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927, S. 110, 145; German Foerster, LVwG, 1. zu § 115; Ferdinand O. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht. Eine Untersuchung über die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsverfahrens in der Bundesrepublik und die Bedeutung der Grundentscheidungen der Verfassung für die Feststellung, Auslegung und Anwendung des geltenden Verwaltungsverfahrenrechts, München 1971, S. 38, 57, 156; ders., VwVfG, Vorbemerkung 8.a); Peter Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Hrsg. Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens), Berlin-New York 1975, S. 281; Klaus Vogel, Organisationsrecht, Polizeiliches Handeln, Rechtsschutz und Ausgleichsansprüche, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 1. Band, 8. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1975, S. 142; Voucko, a. a. O., S. 44, 89; Eberhard Frh. von Scheurl, Die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens und der Vollzug der Verwaltungshandlungen, in: Deutsches Verwaltungsrecht (Hrsg. Hans Frank), München 1937, S. 353 f.; Heinz von Hausen, Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG, DÖV 1960, 441 (442); Raimund Wimmer, Der befangene Amtsträger im behördlichen Verfahren (zugleich eine Untersuchung über die Zulässigkeit von Verfahrensanalogien), MDR 1962, 11; Karl August Bettermann, Anmerkung zu VG Sigmaringen DVBl. 1963, 824, DVBl. 1963, 826 (827); Fritz Rietdorf, Zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - Einführung und leitende Gesichtspunkte - , DVBl. 1964, 333 (334); Horst Sendler, Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz, AöR Bd. 94 (1969), 130 (150); Ferdinand O. Kopp, Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im Verwaltungsverfahren, BayVBl. 1969, 272 (273); Hartmut Maurer, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, JuS 1976, 485 (488).

Vgl. ferner Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Innern, hrsg. vom Bundesminister des Innern, Bonn 1960, S. 151; Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Auflage, Köln und Berlin 1968, Allgemeine Begründung, S. 56, Einzelbegr. zu Teil III, S. 135, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158, und zu § 36, S. 162; Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 18.7.1973, BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 41, 42, S. 65; ebenso Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 21.9.1970, BT-Drucks. VI/1173, Allg. Begr. S. 27, Einzelbegr. zu Teil III, S. 45, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 52.

Linie darauf gerichtet sind, eine sachlich richtige Verwaltungsentscheidung zu gewährleisten.

Voraussetzung für eine sachlich zutreffende Behördenentscheidung ist einmal eine umfassende Ermittlung des tatsächlichen Lebenssachverhalts, den es zu regeln gilt, und zum anderen eine richtige Auslegung und Bewertung derjenigen Bestimmungen, die diesen Sachverhalt ordnen. Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrenrecht dienen vorwiegend der richtigen Sachverhaltsermittlung und schaffen damit eine Voraussetzung für eine insgesamt zutreffende Entscheidung in der Sache.¹⁾

Insbesondere der Untersuchungsgrundsatz (vgl. § 24 VwVfG)²⁾ und die Verpflichtung der Behörden zur Gewährung rechtlichen

1) Klaus Tipke, Steuerliche Betriebsprüfung im Rechtsstaat, München 1968, S. 15: "Hauptziel des Verfahrens ist die Sachverhaltsfeststellung als Grundlage für die Entscheidung über die Rechtsfolgen und deren Verwirklichung."; ebenso Edwin Kube, Den Bürger überzeugen. Stil, Strategie und Taktik der Verwaltung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1973, S. 13; Hans Spanner, Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960 (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), Band I 2. Teil A, Tübingen 1960, S. 43, 45; Günter Renkl, Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren, Diss. Mannheim 1971, S. 52; vgl. auch Oskar Tschira/Walter Schmitt Glaeser, Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und des Freistaates Bayern, München 1976 (Stand: November 1976), § 24 Abs. 2; Carl Hermann Ule, Rechtmäßigkeit, in: Verwaltung. Eine einführende Darstellung (Hrsg.: Fritz Morstein Marx in Verbindung mit Erich Becker und Carl Hermann Ule), Berlin 1965, S. 252.

Aus der Rechtsprechung: BVerwGE 26, 145 (146).

2) Kopp, VwVfG, 1. zu § 24; ders., Verfassungsrecht, S. 71, 242; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, § 24 Abs. 2; Ule, Rechtmäßigkeit, S. 252; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 17, S. 118; VG Bremen, Urt. vom 3.4.1957, NJW 1957, 1207.

Gehörs (§ 28 VwVfG)¹⁾ sind hier zu nennen: Beide zielen auf eine Verbreiterung der behördlichen Sachverhaltskenntnis ab, die - wie eben dargelegt - Voraussetzung einer richtigen Rechtsfindung im Einzelfall ist.²⁾

Eine ausreichende Tatsachenkenntnis der Behörde ist nur dann erreichbar, wenn diese verpflichtet ist, den streitgegenständlichen Sachverhalt nach allen Seiten hin umfassend aufzuklären, ohne an den Vortrag oder an Beweisangebote Verfahrensbeteiligter gebunden zu sein.

Die Untersuchungsmaxime für sich allein bietet aber noch keine hinreichende Gewähr für eine vollständige und zutreffende Sachverhaltsermittlung. Da die von einer behördlichen Entscheidung Betroffenen häufig über Kenntnisse und Informationen verfügen, die sonst der Verwaltung unzugänglich sind, kann auf deren Mit-

1) Kopp, VwVfG, 2.a) zu § 28; ders., Verfassungsrecht, S. 75 f., 78; Gustav Kuhn, Landesverwaltungsgesetz - Schleswig-Holstein, Kommentar, Flensburg 1968, 15. zu § 87; Dieter Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsschutzgarantie, München 1973, S. 230, 232 f. (allerdings für rechtliches Gehör vor Gericht); Zaccaria Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960, S. 383; Voucko, a. a. O., S. 89; Renkl, a. a. O., S. 52; Franz Becker, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Stuttgart-Bruxelles 1960, S. 38, 50, 52; Merk, VVDStRL 17, 213 (220 f.) (Aussprache); Spanner, DJT, A 43; Frh. von Scheurl, a. a. O., S. 354; Andersen, a. a. O., S. 151 f., 155 f.; Günter Jose, Die Einwirkung von Verfahrensmängeln im Verwaltungsrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt, Diss. Freiburg i. Br. 1958, S. 72; Adolf Pfenninger, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1950, 473 (478); Erich Schickedanz, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahrensgesetz-Entwurf, ZRP 1975, 182 (183).

Aus der Rechtsprechung: BVerwG, Urt. vom 1.10.1963, DVBl. 1965, 26 (28); Hess. VGH ESVG 12/I, 134 (135).

2) So insb. Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, § 24 Abs. 2; Friedrich Eichler, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Percha und Kempfenhausen a. Starnberger See 1976, 1 zu § 24; Kopp, Verfassungsrecht, S. 71; Renkl, a. a. O.; VG Bremen, a. a. O.

wirkung in der Form der Anhörung nicht verzichtet werden.¹⁾ Zudem ist die behördliche Aufklärungspflicht keine konstante, festumrissene Größe. Ihr Umfang ergibt sich immer erst, wenn man sie in Beziehung setzt zu den anderen im Einzelfall zu verfolgenden Verwaltungszielen, ist demnach das Ergebnis einer Abwägung der konkurrierenden Ziele.²⁾ So ist die Verwaltung von Rechts wegen verpflichtet, "das Interesse an der Gründlichkeit der Untersuchung und das gleichfalls rechtlich verankerte Interesse an rascher Erledigung gegeneinander abzuwägen. Sie steht unter dem Zwang zur Effektivität." ³⁾ Eine weitere Grenze findet die behördliche Ermittlungspflicht an den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, d. h. sie endet dort, wo weitere Aufklärungsmaßnahmen der Behörde im Verhältnis zu dem zu erwartenden Erfolg unvertretbar und unzumutbar erscheinen.⁴⁾

Beeinträchtigt in ihrem Wert wird die Untersuchungsmaxime ferner dadurch, daß die Ermittlungsarbeit der Behörden auch unter ihrer Geltung zwangsläufig subjektiv geprägt ist, weil die Verwaltung im Gegensatz zum Richter bei der Feststellung des Sachverhalts zugleich "Partei" des Verfahrens ist und dessen Ausgang für sie selbst Konsequenzen hat.⁵⁾

1) Kopp, VwVfG, 5. zu § 26; ders., Verfassungsrecht, S. 75 f.; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, § 26 Abs. 2; Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 28 Rdn. 5, § 26 Rdn. 4; Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht III (Ordnungs-, Leistungs- und Verwaltungsverfahrenrecht). Ein Studienbuch, 3. Auflage, München 1973, § 156 IV. d) 1. (S. 286); Ule, Rechtmäßigkeit, S. 252.
Aus der Rechtsprechung: BVerwG, a. a. O.; BVerwGE 26, 145 (146).

2) Wilfried Berg, Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 1976, 161 (166 ff., 187 ff.).

3) So Berg, a. a. O., S. 178 (Hervorhebung im Text), ebenso S. 180; ferner Wolff III, § 156 IV. c) 3. (S. 285); zur Einschränkung der Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt des Zeitfaktors: Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 24 Rdn. 4; zur Einschränkung allgemein unter Effizienzgesichtspunkten: Kube, a. a. O., S. 15 f.

- 4) Eichler, VwVfG, a. a. O. (unter Hinweis auf § 10 Satz 2 VwVfG); Berg, a. a. O., S. 181 f.; Bemerkungen zum Referentenentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (Juli 1967) (Az.: Der Bundesminister des Innern I B 4 - 130 210/6), Begr. zu § 17, S. 11.
Wesentlich stärker akzentuieren die behördliche Aufklärungspflicht dagegen Kopp, VwVfG, 2. zu § 24; ähnlich Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 24 Rdn. 3, 4.
- 5) So Berg, a. a. O., S. 164.

Eine Reihe weiterer Verfahrensrechtsinstitute ist funktionell - zumindest auch - auf Sachrichtigkeit der Verwaltungsentscheidung hin gerichtet.

So umschreibt Christian-Friedrich Menger¹⁾ das Hauptziel des gesetzlich häufig vorgeschriebenen Zusammenwirkens zweier oder auch mehrerer Behörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes folgendermaßen: "Zweck der Mitwirkung ist es, durch die Beteiligung anderer sachverständiger Behörden zu einer umfassenden Aufklärung und Würdigung des Sachverhalts - etwa auch bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe -, zu einer alle Gesichtspunkte in Betracht ziehenden Interessenabwägung - etwa im Rahmen der Ermessensausübung - und zu richtiger Rechtserkenntnis zu kommen."²⁾

Auch das Akteneinsichtsrecht, das in den Grenzen des § 29 VwVfG besteht, trägt dazu bei, eine inhaltlich richtige Verwaltungsentscheidung zu ermöglichen³⁾, weil möglicherweise erst die Einsichtnahme in die behördlichen Akten und die damit erreichte Kenntnis von den Überlegungen der Verwaltung den Betroffenen zur Abgabe von Erklärungen und Mitteilung von Informationen veranlassen kann, die sich schließlich als entscheidungserheblich erweisen, ohne Gewährung von Akteneinsicht jedoch im Verfahren keine Berücksichtigung gefunden hätten.

Zum Teil wird auch der "Rückkoppelungseffekt" des Akteneinsichtsrechts hervorgehoben: Angesichts der (beschränkten) Aktenöffentlichkeit ist zu erwarten, daß die Beamten der möglichen Inanspruchnahme von Akteneinsicht durch erhöhte Sorgfalt Rechnung tragen, die dazu beiträgt, die Qualität der

1) VerwArch. Bd 56 (1965), 177 (191); ähnlich Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 57 (1966), 270 (277 f.).

2) Ebenso Andersen, a. a. O., S. 110; Kopp, Verfassungsrecht, S. 215.

3) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 156 f.

Verwaltungsarbeit - auch was die Sachverhaltsermittlung anbelangt - zu heben.¹⁾

Das Mitwirkungsverbot persönlich beteiligter oder solcher Amtsträger, bei denen Besorgnis der Befangenheit gegeben ist (§§ 20, 21 VwVfG), dient ebenfalls der "Rechts- und Sachrichtigkeit" der Entscheidung²⁾, weil sich auf diese Weise weitgehend vermeiden läßt, daß "unsachlich, willkürlich, voreingenommen entschieden wird".³⁾

Die Begründung von Verwaltungsakten (§ 39 VwVfG) ist einerseits - wie noch darzulegen sein wird - Voraussetzung für die Erlangung von effektivem Rechtsschutz, erfüllt aber daneben noch den Zweck, die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung zu gewährleisten.⁴⁾ Denn die Behörde, die verpflichtet ist, ihre Handlungsweise zu begründen, steht unter dem Zwang, von vornherein so zu verfahren, daß sie die Begründung, die ja eine Rechtfertigung vor den Betroffenen, den Aufsichtsbehörden und den Gerichten darstellt, nicht zu scheuen braucht. Es besteht insoweit "eine echte Wechselwirkung zwischen Begründungspflicht und Verfahren, die eine erhöhte Garantie auch

1) So besonders deutlich Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 29 Rdn. 7.

2) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 235.

3) So Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Band, 2. Auflage, Tübingen 1954, S. 728. Ähnlich Prodromos Dagtoglou, Anmerkung zu Hess. VGH, Urt. vom 29.5.1969, JZ 1971, 257; JZ 1971, 259; Jose, a. a. O., S. 38; Wolff III, § 156 III. e) 1. (S. 280).

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 48, 91, 244; Carl Hermann Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß. Zur Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts, VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (131); a. A., soweit ersichtlich, nur Voucko, a. a. O., S. 89; die Begründungspflicht verfolge lediglich den Zweck, die Verwaltungsentscheidung überprüfbar zu machen.

für die sachliche Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der getroffenen Entscheidungen der Verwaltung darstellt."¹⁾ Ferner ergeben sich häufig gerade bei der Abfassung der Entscheidungsgründe neue Aspekte, die den Streitgegenstand in einem anderen Licht erscheinen lassen²⁾ und dazu zwingen, die Entscheidung insgesamt noch einmal zu überdenken.³⁾

Schließlich ist festzuhalten, daß auch die Zuständigkeitsvorschriften unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung einer mit dem materiellen Recht übereinstimmenden Verwaltungsentscheidung zu sehen sind.

"Mit der Zuständigkeit verbindet sich immer auch ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit dafür, daß die danach zum Handeln berufene Behörde auf Grund ihrer personellen und sachlichen Ausstattung, ihrer Vertrautheit mit den zu regelnden Verhältnissen und ihrer besonderen Erfahrung in der Materie besser geeignet ist, als jede andere Behörde, den Sachverhalt richtig zu ermitteln und eine richtige Entscheidung zu treffen."⁴⁾ Was die örtliche Zuständigkeit anbelangt, folgt dies "aus der näheren Beziehung zur Sache, die sich aus der örtlichen Verbindung einer Behörde mit dem zu regelnden Gegenstande", "aus der näheren Kenntnis der örtlichen Verhältnisse"⁵⁾, aus der "grösseren Vertrautheit der Instanzen mit den örtlichen Verhältnissen"⁶⁾ ergibt.⁷⁾

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 91; ebenso Voucko, a. a. O., S. 40; ähnlich Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 56; Jose, a. a. O., S. 116 f.; vgl. ferner Kopp, VwVfG, 1. zu § 39; Foerster, LVwG, 3. zu § 109.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 48.

3) Ähnlich auch Bericht, S. 209, unter Hinweis auf den damit verbundenen Rückgang fehlerhafter Verwaltungsakte und (als weitere Folge) der Rechtsstreitigkeiten. Diese Konsequenz betont auch Voucko, a. a. O., S. 40; vgl. auch Berg, a. a. O., S. 176.

4) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 67 f.; ähnlich Forsthoff, a. a. O., S. 232.

5) So E. R. Huber, a. a. O., S. 721.

6) Imboden, Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944, S. 115.

7) Im Ergebnis ebenso Andersen, a. a. O., S. 92 f.

Dieselben Erwägungen gelten für die sachliche Zuständigkeit. Denn wenn eine Rechtsvorschrift eine untere Behörde für zuständig erklärt, so bezweckt sie damit, daß "die nähere Beziehung dieser Behörde zur Sache sich bei der Entscheidung auswirken soll."¹⁾ Im Falle der normativen Zuständigkeitsbegründung einer höheren Behörde sollen "die größere Sach- und Rechtskunde, das weitere Blickfeld, die stärkere Kontrolle" derselben in den Dienst der Entscheidung gestellt werden.²⁾³⁾

Die Sachrichtigkeitsfunktion des Verwaltungsverfahrens als solchen und der eben behandelten Verfahrensrechtsinstitute einschließlich Zuständigkeitsnormen ist unbestritten. Eine Reihe von Autoren und die überwiegende Zahl von höchstrichterlichen Entscheidungen begnügen sich jedoch nicht mit der Feststellung einer solchen Zweckrichtung unter anderen. Sie verbinden vielmehr die Erkenntnis der Bezogenheit des Verfahrensrechts auf die abschließende Verwaltungsentscheidung mit einer doppelten Wertung: Zum einen sei das Verwaltungsverfahren ausschließlich sachentscheidungsbezogen. Andere Funktionen kämen ihm daneben nicht zu.⁴⁾

1) E. R. Huber, a. a. O., S. 719.

2) So E. R. Huber, a. a. O., S. 719 f.

3) Zur Sachrichtigkeitsgewähr der sachlichen Zuständigkeitsordnung ebenso Andersen, a. a. O., S. 80 f., 84; LVG Düsseldorf, Beschluß vom 17. Mai 1956, ZBR 1956, 191 (192).

4) Entwurf eines Bayer.VwVfG vom 13.10.1976, LT-Drucks. 8/3551, S. 33: "Der Entwurf trägt damit dem Leitgedanken Rechnung, daß das Verfahrensrecht Mittel zum Zweck einer sachgerechten Entscheidung, nicht aber Selbstzweck ist." Ganz ähnlich BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 41, 42, S. 65, und BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 52; Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158; für §§ 35, 36 EVwVerfG 1963 ebenso Fritz Ossenbühl, Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, SKV 1966, 297 (300), wenn auch kritisch; Otto Groschupf, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war? DVB1. 1962, 627 (630); Christian-Friedrich Menger, Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, DÖV 1969, 153 (158) stellt kritisch fest, in Deutschland diene das Verfahrensrecht "allein dazu, möglichst sicher und schnell zu einer Lösung des materiellrechtlichen Interessenkonflikts zu gelangen" (Hervorhebung des Verfassers).

Aus der Rechtsprechung: BayVGh, Urt. vom 17.7.1974, BayVB1. 1975, 367 (368).

Hieraus folge - zum zweiten - eine Rangordnung im Verhältnis von materiellem und formellem Recht. Letzteres habe lediglich dem materiellen Recht dienende Funktion¹⁾, sei diesem also nach- bzw. untergeordnet.²⁾ Eine Bestätigung dieser These wird in den §§ 44 III, 45, 46 VwVfG in Verbindung mit § 44 a VwGO (in der Fassung des § 97 Nr. 2 VwVfG) gesehen, durch welche die Verfahrensrechte "ihrer Eigenständigkeit beraubt" und dem materiellen Recht vollkommen untergeordnet werden.³⁾

Die weitere Funktionsanalyse wird erweisen, ob die Lehre von der ausschließlich sachentscheidungsbezogenen, dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts richtig ist.

§ 2 Rechtsstaatliche Funktion im allgemeinen

Unbestritten ist auch die rechtsstaatliche Funktion des formellen Rechts.⁴⁾

Da jedoch das Rechtsstaatsprinzip erst dann Konturen

-
- 1) Aus der Rechtsprechung: BVerwGE 28, 268 (270); LVG Düsseldorf, a. a. O.; weitere Nachweise bei Jürgen Schwarze, a. a. O., S. 24 Anm. 46.
Aus der Literatur: Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, §§ 45, 46; Felix Weyreuther, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, DVBl. 1972, 93 (95); Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630); Bettermann, DVBl. 1963, 826 (827); Fritz Haueisen, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt. Zur Bedeutung der Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts für den Bestand von Verwaltungsakten, DOK 1972, 611 ff.
Ferner: BT-Drucks. 7/910, a. a. O.; VI/1173, a. a. O.; Musterentwurf, a. a. O.; hierzu auch Ossenhühl, SKV 1966, 297 (300).
 - 2) Menger, DÖV 1969, 153 (158): "In Deutschland,..., mißt man dem Verfahrensrecht einen ungleich niedrigeren Rang zu als dem materiellen Recht."; vgl. auch Weyreuther, a. a. O.
 - 3) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 1.
 - 4) Carl Hermann Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerechtsbarkeit, DVBl. 1957, 597 (601 f.); ders., Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug, in: Recht im Wandel. Beiträge zu Strömungen und Fragen im heutigen Recht, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, S. 53 (63 ff.); ders., Das Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl. 1976, 421 (427); Carl Hermann Ule/Franz Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln und Berlin 1964, S. 4;

Franz Becker, Die Entscheidungsbegründung im deutschen Verwaltungs-, verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten (Hrsg.: Rainer Sprung), Wien-New York 1974, S. 101 (104); Sendler, AöR Bd. 94 (1969), 130 (134); Hau-eisen, DOK 1972, 611 (613 f.).

Für das rechtliche Gehör: Kopp, VwVfG, 2.a) zu § 28; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, vor § 28; Kuhn, LVwG, 15. zu § 87; Renkl, a. a. O., S. 161.

Für den Begründungszwang: Menger, VerwArch. Bd. 54 (1963), 393 (400); für Formvorschriften: Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 73 (77) und ders., VerwArch. Bd. 56 (1965), 177 (190 f.).

gewinnt und juristisch greifbar wird, wenn man es in seine einzelnen Elemente auflöst, setzt die folgende Untersuchung Verfahrensnormen und Rechtsstaatskomponenten zueinander in Beziehung.

I. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG)¹⁾

Bezwecken Verfahren und Verfahrensrecht die Sicherstellung von Entscheidungen, die dem materiellen Recht entsprechen, so bedeutet dies, daß sie in gleicher Weise auch im Dienste des Gesetzmäßigkeitsprinzips stehen. Denn dieser Verfassungsgrundsatz verpflichtet die Verwaltung, gemäß Recht und Gesetz zu handeln, d.h. in der Sache richtige Verwaltungsakte zu erlassen.²⁾

Dennoch wird der auf Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns gerichtete Zweck des Verwaltungsverfahrens und seiner einzelnen Ausprägungen meist noch gesondert neben der Sachrichtigkeitsfunktion hervorgehoben.³⁾

Die Begründungen, die für die Gesetzmäßigkeitsfunktion des formellen Rechts gegeben werden, decken sich weitgehend mit der Argumentation hinsichtlich der Sachrichtigkeitsfunktion. Nur soweit neue Aspekte auftauchen, werden sie im folgenden kurz wiedergegeben.

1) Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, vgl. Ingo von Münch, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Hrsg.: Erichsen und Martens), S. 40; Kopp, Verfassungsrecht, S. 54.

2) So ausdrücklich Kopp, Verfassungsrecht, S. 83 Anm. 204.

3) Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, § 16 I. (S. 247); vgl. ferner Ule/Becker, a. a. O., S. 4; Ule, Verwaltungsreform, S. 63; ders., Rechtmäßigkeit, S. 252; ders., DVBl. 1976, 421 (427 f.); Kube, a. a. O., S. 13; Tipke, a. a. O., S. 15 f.; Hermann Feneberg, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, 177 (178); Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 57 (1966), 270 (277); Kopp, VwVfG, Allg. Vorb. 8. a).

Die Obereinstimmung der Verwaltungsakte mit Gesetz und Recht, die das Legalitätsprinzip verlangt, hängt wesentlich von der richtigen Sachverhaltsfeststellung ab. Diese aber ist nur durch ein Verfahren gewährleistet, das der Behörde die notwendigen Mittel für die Sachverhaltsaufklärung zur Verfügung stellt, was bei Geltung der Untersuchungsmaxime in größtmöglichem Umfang der Fall ist.¹⁾

Daß das rechtliche Gehör der Verwirklichung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dient, wird aus folgender Überlegung hergeleitet. Die Behörde müsse im Geltungsbereich dieses Verfassungsprinzips durch eine Rechtsvorschrift zum Er-
laß von Verwaltungsakten ermächtigt sein; das sei sie nur bei Vorliegen des Tatbestandes dieser Norm. Ob dies der Fall sei, lasse sich einwandfrei nur feststellen, wenn rechtliches Gehör zu dem behördlicherseits ermittelten Sachverhalt gewährt werde.²⁾

1) Ule, VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (127); vgl. zur "Gesetzmäßigkeitsfunktion" des Untersuchungsgrundsatzes weiter dens., Verwaltungsreform, S. 69; Kube, a. a. O.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 71; Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 24 Rdn. 1; Berg, a. a. O., S. 167 f.

2) So Ule/Becker, a. a. O., S. 38 f.; vgl. zur Verknüpfung von rechtlichem Gehör und Gesetzmäßigkeitsprinzip ferner Ule, Verwaltungsreform, S. 64; dens., VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (128); H. Nägeli, Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, Schweizerisches Zentralblatt 1954, 113 (114); Giacometti, a. a. O., S. 383; Franz Becker, Entscheidungsbegründung, S. 104; Kuhn, LVwG, 15. zu § 87; Kube, a. a. O.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 78, 81, 135.

II. Grundsatz der Rechtssicherheit

Eine Reihe von Autoren bezieht Verfahrens- und Formvorschriften funktionell auf das Prinzip der Rechtssicherheit als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips.¹⁾

Dies geschieht einmal für die Gesamtheit der formellen Vorschriften, ohne daß nach einzelnen Normen differenziert wird. "Verfahrensvorschriften dienen ... der Gewährleistung eines reibungslosen Geschäftsablaufes nach festen, nicht auf den Einzelfall abgestellten Regeln und damit der Rechtssicherheit."²⁾

"Durch Verfahrensnormen soll erreicht werden, daß die staatlichen Aufgaben zweckmäßig und wirkungsvoll erfüllt werden. Zugleich sollen die Verfahrensnormen für den Staatsbürger das staatliche Handeln berechenbar machen, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schaffen."³⁾⁴⁾

Im einzelnen werden besonders Schriftformerfordernis, Begründungszwang und Anhörungspflicht funktionell mit der Gewährleistung von Rechtssicherheit in Verbindung gebracht.

"Die Schriftlichkeit bietet ... am ehesten eine Garantie dafür, daß der im Verwaltungsakt verkörperte staatliche Wille entsprechend den Anforderungen der Rechtssicherheit klar und vollständig zum Ausdruck komme, und daß der Adressat infolgedessen über die durch die Verfügung für ihn geschaffene Rechtslage

1) Zum Zusammenhang von Rechtsstaatsprinzip und Rechtssicherheit vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S. 131; Volker Buermeyer, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1975, S. 62.

2) So Wimmer, MDR 1962, 11; ähnlich Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 8. a).

3) So Ernst D. Wanner, Verwaltungsverfahrensfehler und verwaltungsgerichtliche Klage, Diss. Würzburg, S. 67.

4) Zur "Rechtssicherheitsfunktion" der Formvorschriften vgl. Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 29 Abs. 2, S. 141: "Formvorschriften fördern ... im allgemeinen die Rechtssicherheit ..."; Buermeyer, a. a. O., S. 62; OVG Lüneburg, Urt. vom 17.10.1963, I OVG A 1/62.

genauen Bescheid erhalte."¹⁾ In diesem Zusammenhang wird auch häufig von der Beweisfunktion der Schriftform gesprochen²⁾, vorwiegend im Hinblick darauf, daß der Betroffene eine schriftliche Unterlage erhält, die den Verfahrensabschluß eindeutig bezeugt.³⁾

Da sich der Inhalt eines Verwaltungsaktes dem Adressaten meist nicht allein aufgrund des Tenors erschließt, sondern erst aus der Begründung⁴⁾, ist diese von maßgeblicher Bedeutung für die Individualisierung des jeweils geregelten Einzelfalles⁵⁾ und damit - in noch stärkerem Maße als die Schriftform - Voraussetzung der Meßbarkeit staatlichen Handelns.⁶⁾

Die Individualisierungsmöglichkeit des behördlichen Ausspruchs ist weiter Voraussetzung für die Bestimmung des Streitgegenstandes und dessen Abgrenzung zu anderen Fällen⁷⁾ wie auch der Ermittlung dessen, was üblicherweise unter dem Begriff der materiellen Rechtskraft zusammengefaßt wird.⁸⁾

-
- 1) So Giacometti, a. a. O., S. 385; vgl. auch Kopp, Verfassungsrecht, S. 136, 225; E. R. Huber, a. a. O., S. 730; Imboden, a. a. O., S. 127; Voucko, a. a. O., S. 59; Jose, a. a. O., S. 109; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 44 Rdn. 10; Foerster, LVwG, 1. zu § 108; BayVG, Entsch. vom 16.11.1950, Nr. 191 II 50 (auszugsweise abgedruckt bei Albert Reuter, Allgemeines Verwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München 1952, S. 35 = Nr. 11).
 - 2) BVerwGE 45, 189 (193); BVerwG, Urt. vom 27.3.1963, JZ 1964, 687; Albert von Mutius, Zu den Formerfordernissen automatisierter Verwaltungsentscheidungen, VerwArch. Bd. 67 (1976), 116 (120); Andersen, a. a. O., S. 110; ferner Bemerkungen zum Referentenentwurf (Juli 1967), § 44 Abs. 1 (S. 30).
 - 3) Von Mutius, a. a. O.; BVerwGE 45, 189 (193).
 - 4) So Andersen, a. a. O., S. 120.
 - 5) Kopp, VwVfG, 1. zu § 39.
 - 6) Franz Becker, Entscheidungsbegründung, S. 110; Schick, a. a. O., S. 3, 6; Kopp, Verfassungsrecht, S. 137; Voucko, a. a. O., S. 42.
 - 7) Franz Becker, a. a. O.; Kopp, a. a. O. und S. 225; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 39 Rdn. 1.
 - 8) Franz Becker, a. a. O.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 225; Schick, a. a. O., S. 3 f. und 6.

Ein weiterer Aspekt der "Rechtssicherheitsfunktion" der Begründungspflicht liegt darin, daß sich im Verwaltungsbereich in der Handhabung zahlreicher Vorschriften eine ständige behördliche Praxis entwickelt. Die Kenntnis dieser Übung ist für die Vorhersehbarkeit und Meßbarkeit staatlichen Handelns häufig unverzichtbar. Der Bürger kann sich aber über diese behördliche Praxis nur dann informieren, wenn die Verwaltung ihre Entscheidungen ordnungsgemäß begründet.¹⁾

Auch die Gewährung von rechtlichem Gehör und Akteneinsicht wird funktionell der Rechtssicherheit zugeordnet. Aufgrund der Anhörung ergeben sich für den Bürger häufig konkrete Hinweise darauf, in welche Richtung die zu erwartende Maßnahme weist, insbesondere dann, wenn er - wie vielfach der Fall - zu einer Stellungnahme zu ganz bestimmten Fragen aufgefordert wird. Auf diese Weise erfährt er frühzeitig, mit welcher Maßnahme er in etwa zu rechnen hat.²⁾

Die gleichen Erwägungen gelten für die Akteneinsicht, einmal, weil diese die Wirksamkeit des rechtlichen Gehörs erhöht, zum anderen aber auch deshalb, weil sie zu verhindern hilft, daß die behördliche Entscheidung anders ausfällt, als der Bürger vorhersehen kann.³⁾

Vereinzelte wird auch noch darauf hingewiesen, daß die Zuständigkeitsordnung der Verwirklichung des Gleichheitssatzes und damit der Rechtssicherheit dient.⁴⁾

1) Franz Becker, a. a. O., S. 110 f.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 138 f.; Hans Heinrich Rupp, Nochmals: Zur Begründung von Ermessensentscheidungen nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, ZRP 1971, 233.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 135 f.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 136.

4) Christian-Friedrich Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, S. 29 f.; ders., VerwArch. Bd. 53 (1962), 390 (397).

III. Kontrollfunktion¹⁾

Verwaltungsverfahren und zugehöriges Recht entfalten nach mehreren Richtungen hin Kontrollfunktion.²⁾

Insbesondere die Begründung von Verwaltungsakten dient der "Selbstkontrolle" der handelnden Beamten³⁾, d. h. der Überprüfung der getroffenen Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit vor Wirksamwerden. Darüber hinaus wird dieselbe Funktion der Gewährung von Akteneinsicht⁴⁾ und der Protokollierungspflicht⁵⁾ beigemessen.

Die Begründung der Verwaltungsentscheidungen dient auch der Kontrolle der Verwaltung durch die Öffentlichkeit⁶⁾, denn sie bietet derselben wie auch der sog. öffentlichen Meinung Gelegenheit, die Verwaltungspraxis auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen⁷⁾, ihre Bewertung entsprechend zu artikulieren und damit wiederum die künftige Verwaltungsarbeit zu beeinflussen. Dieselben Erwägungen gelten für das Akteneinsichtsrecht, das ebenfalls als wichtiger Bestandteil der öffentlichen Kontrolle über die Verwaltung zu sehen ist.⁸⁾

Teilweise wird die Beteiligung des einzelnen am Verwaltungsverfahren insgesamt als Kontrollmittel im oben beschriebenen Sinne aufgefaßt, soweit sie dazu beitragen kann, Mißstände in der Amtsführung der Verwaltungsbehörden aufzudecken.⁹⁾

Sowohl Selbstkontrolle wie auch Kontrolle durch die Öffentlichkeit liegen in der Tendenz des Rechtsstaatsprinzips, das dem Gedanken der Kontrolle, in welcher Richtung auch immer, breiten Raum gibt.¹⁰⁾

-
- 1) Die Kontrolle durch die Verfahrensbeteiligten selbst sowie durch Gerichte und Aufsichtsinstanzen bleibt hier noch ausgeklammert; sie wird erst im folgenden Paragraphen behandelt.
 - 2) Zur Kontrollfunktion des Verwaltungsverfahrensrechts insgesamt: Georges Langrod, Probleme des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, DVBl. 1961, 305 (311); Kopp, Verfassungsrecht, S. 186.
 - 3) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 39 Rdn. 1; Pietzcker, a. a. O., S. 138, 144 (für das Prüfungsrecht); Kopp, Verfassungsrecht, S. 178.
 - 4) Pietzcker, a. a. O., S. 138.
 - 5) Pietzcker, a. a. O.; Hubert Sauer, Anmerkung zu OVG Saarlouis DVBl. 1971, 557 f., DVBl. 1971, 558 (559), beide für das Prüfungsrecht.

- 6) Kopp, VwVfG, 1. zu § 39.
- 7) Voucko, a. a. O., S. 39; Franz Becker, *Verwaltungsverfahren*, S. 56; Kopp, *Verfassungsrecht*, S. 91, 178.
- 8) Kopp, VwVfG, 1. zu § 29.
- 9) Franz Becker, *Verwaltungsverfahrensrecht in Ost und West* - Ausdruck der "sozialistischen Gesetzlichkeit" und der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" - *Recht in Ost und West* 1969, 49 (50).
- 10) Anders wohl Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 8, a) und 1. zu § 39, der die Kontrolle durch die Öffentlichkeit im Demokratieprinzip verankert. Vgl. hierzu auch die Ausführungen in § 4 I.

IV. Schutzfunktion

Der Zweck des Schriftformerfordernisses kann auch darin bestehen, die Behörde vor unüberlegter und übereilter Handlungsweise (mit verpflichtender Wirkung) zu schützen.¹⁾

Wann das der Fall ist, läßt sich nicht generell sagen. Dies ist eine Frage der Auslegung der jeweiligen maßgeblichen Norm und des Sachgebietes, auf welchem sie Wirkung entfaltet.²⁾

§ 3 Rechtsschutzfunktion

Verwaltungsverfahren und zugehöriges Verfahrensrecht erfüllen in erheblichem Umfang Rechtsschutzfunktionen, die sich in zwei Gruppen einteilen lassen.

Einmal schafft eine Reihe von Verfahrensrechtsinstituten die Voraussetzungen dafür, daß der von hoheitlichen Maßnahmen betroffene einzelne zu prüfen und sinnvoll zu entscheiden vermag, ob und - bejahendenfalls - mit welcher Argumentation er den Rechtsweg beschreiten soll. In gleicher Weise ermöglichen es erst diese Verfahrensinstitute den Verwaltungsgerichten, effektiven Rechtsschutz, wie ihn Art. 19 IV GG fordert, zu gewähren. Dem Verfahrensrecht kommt insoweit die Aufgabe zu, die Voraussetzungen für eine zweckmäßige Beschreitung des Rechtsweges wie auch für die Gewährung von Rechtsschutz durch die Gerichte zu schaffen.

Zum zweiten gewinnt das Verfahrensrecht Rechtsschutzcharakter dort, wo der gerichtliche Rechtsschutz unvollkommen bleibt, sich als stumpfe Waffe erweist, sei es aus rechtlichen oder auch nur faktischen Gründen. Dem Verfahrensrecht kommt hier die Funktion der Rechtsschutzergänzung zu. Für diese Zweckrichtung des Verwaltungsverfahrensrechts wird im folgenden die Bezeichnung Rechtsschutzfunktion im engeren Sinne oder auch schlicht Rechtsschutzfunktion gewählt.

1) Andersen, a.a.O., S. 117; BVerwG, Urt. vom 27.3.1963, JZ 1964, 687; vgl. auch BVerwGE 45, 189 (193).

2) So BVerwGE 45, 189 (193) (für das Wehrpflichtgesetz).

I. Rechtsstaatliches Verfahren als Rechtsschutzvoraussetzung

1) Obereinstimmung herrscht in Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ darüber, daß die Begründung belastender Verwaltungsakte durch die Behörde den Adressaten derselben dazu dient, ja sogar erst die Möglichkeit gibt, die Verwaltungsentscheidungen auf etwaige

- 1) BVerfGE 6, 32 (44): "Es ist ein rechtsstaatlicher Grundsatz, daß der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen wird, Anspruch auf Begründung hat, denn nur dann kann er seine Rechte sachgemäß verteidigen."; ebenso schon PrOVGE 24, 340 (342); 66, 336 (337); 101, 258 (259); ferner BVerwGE 12, 20 (25); 22, 215 (217 f.); 38, 191 (194).
- 2) Voucko, a. a. O., S. 89: "Die Begründungspflicht soll ... die bereits erlassene Entscheidung nachträglich überprüfbar machen" (Hervorhebung im Text); ebenso S. 44 f., 59; Kopp, VwVfG, 1. zu § 39; ders. Verfassungsrecht, S. 91, 123, 149, 159 f., 178, 196, 244; ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (248); Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, § 39, § 39 Abs. 2; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 39 Rdn. 1; Hans Julius Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, § 50 II. d) 2. (S. 420 f.); Forsthoff, a. a. O., S. 238; Badura, a. a. O., S. 271; Klaus Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Neuwied 1976, S. 59; Lorenz, a. a. O., S. 258 f.; Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 56, 179; Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S. 207 f.; Renkl, a. a. O., S. 98, 105; Jose, a. a. O., S. 113 f.; Luhmann, Legitimation, S. 215; vgl. auch schon Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948 (mit Nachtrag 1950), § 12 I. (S. 290); Andersen, a. a. O., S. 121, 125; K. E. Cerutti, Der Allgemeine Teil des Verwaltungsrechtes und die Verwaltungsrechtsprechung. Entwurf eines Gesetzes, Leipzig 1940, § 210. Vgl. ferner Kuhn, a. a. O., 7 b) zu § 109; Foerster, LVwG, 1. zu § 109; Zschacke, Die Begründung des Verwaltungsakts und ihre Bedeutung im Verwaltungsverfahren, NJW 1954, 413 (414); Ule, DVBl. 1957, 597 (602); ders., VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (130 f.); Hermann, Feneberg, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, 222 (223); Ossenbühl, SKV 1966, 297 (300); Werner Hoffmann-Fölkersamb, Zum Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein, SchlHAnz. 1966, 157 (158); Hans Spanner, Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1970, 671 (673); Schick, JuS 1971, 1 (8); Maurer, JuS 1976, 485 (489); Bericht, S. 208; im Anschluß daran Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 30 Abs. 1, S. 145; BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 41 Abs. 2, S. 66.

tatsächliche, rechtliche und insbesondere Ermessensfehler hin zu überprüfen und damit auf gesicherter Grundlage zu entscheiden, ob die Einlegung eines Rechtsmittels hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, also sinnvoll ist.

In gleicher Weise bedeutsam ist die behördliche Begründung, wenn es darum geht, einen Rechtsbehelf zu begründen, zeigt sie doch die Auffassung der Behörde zur Rechts- und Sachlage, die es vor Gericht bzw. Widerspruchsbehörde zu widerlegen gilt.¹⁾ Diese Funktion der Begründung findet im Gesetz Ausdruck in § 45 III 1 VwVfG, der bestimmt: "Fehlt einem Verwaltungsakt die Begründung ... und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsaktes versäumt worden, so gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet."²⁾

Aus vergleichbaren Gründen ist das Akteneinsichtsrecht vielfach Vorbedingung der sinnvollen Einlegung eines Rechtsbehelfs bzw. von dessen Begründung. "Ohne Kenntnis des Inhalts der gesamten Akten ist mitunter eine Stellungnahme der Beteiligten gar nicht möglich, fast immer aber erleichtert diese Kenntnis die Abgabe der notwendigen und sachlich gebotenen Erklärungen; das gilt besonders dann, ... wenn es z. B. darauf ankommt, den Widerspruch gegen die Entscheidung, die die Verwaltung ... getroffen hat (...), näher zu begründen und die Argumente der Verwaltung zu widerlegen."³⁾⁴⁾

Auch die behördliche Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs kann funktionell unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzvoraussetzung gesehen werden. Ist nämlich eine Anhörung im Verwaltungsverfahren nicht erfolgt und sind infolgedessen möglicherweise relevante Gesichtspunkte im Verfahren noch nicht zur Sprache gekommen, so erschwert auch dies die Entscheidung des

1) Vgl. Luhmann, Legitimation, S. 215.

2) Vgl. Kopp, VwVfG, 7. zu § 45; Knack, VwVfG, § 45 Rdz. 6.

3) So Fritz Hauelsen, Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, NJW 1967, 2291 (2294).

4) Ebenso Hauelsen, NJW 1967, 2291 (2292) und DVB1. 1966, 773 (777); ferner Pietzcker, a. a. O., S. 148; Renkl, a. a. O., S. 106; Pfenninger, Schw. Zentralblatt 1950, 473 (477); Franz Becker, Recht in Ost und West 1969, 49 (55); Maurer, JuS 1976, 485 (488).

Betroffenen, ob er einen Rechtsbehelf einlegen und wie er denselben gegebenenfalls begründen soll.¹⁾

Diese Funktion der Anhörung findet auch ihren Niederschlag im Gesetz, und zwar in § 45 III 1 VwVfG, der vorsieht: "... ist die erforderliche Anhörung eines Beteiligten vor Erlaß des Verwaltungsaktes unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsaktes versäumt worden, so gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet."

Unter dem Aspekt der Rechtsbehelfseinlegung sind auch die Formvorschriften zu sehen, die verlangen, daß die den Verwaltungsakt erlassende Behörde aus demselben erkennbar sein muß (§ 37 III VwVfG). Ist nämlich die Ausgangsbehörde nicht bekannt, so erschwert dies dem - meist nicht rechtskundigen Bürger - die Einlegung eines Rechtsbehelfs erheblich.²⁾

Auch behördliche Hinweis- und Belehrungspflichten (§ 25 VwVfG) werden funktionell zur Rechtsverteidigung des Adressaten eines belastenden Verwaltungsaktes in Beziehung gesetzt.³⁾ Für die bedeutsamste Art der Belehrung, die Rechtsmittelbelehrung, ist dies sicher richtig.

1) So Kopp, VwVfG, 7. zu § 45; Knack, VwVfG § 39 Rdz. 2.2.

2) Kopp, VwVfG, 5. b) zu § 37, 6. a) zu § 44; vgl. ferner BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 40 Abs. 2 Nr. 1, S. 64.

3) So Renkl, a. a. O., S. 117 (im Hinblick auf § 211 II Nr. 3 AO a. F.).

2) Übereinstimmung besteht weiter darin, daß die Verwaltungsgerichte nur dann ihren Rechtsschutzauftrag voll erfüllen können, wenn dem Verwaltungsprozeß ein geordnetes Verwaltungsvorverfahren vorangegangen ist. Ein solches ist Voraussetzung für die Gewährung von effektivem Rechtsschutz.¹⁾

In diesem Zusammenhang werden diejenigen Verfahrensrechtseinrichtungen genannt, die auf eine umfassende Aufklärung des Streitstoffes in tatsächlicher Hinsicht bereits im verwaltungsbehördlichen Bereich abzielen, wie der Untersuchungsgrundsatz, das Akteneinsichts- und Anhörungsrecht.²⁾

Hintergrund dieser Argumentation ist eine - vorwiegend aus dem Gewaltenteilungsprinzip hergeleitete - Zuordnung von Behörde und Verwaltungsgericht, die letzteres auf reine Rechtskontrolle beschränkt, d. h. auf die Überprüfung der Verwaltungsentscheidung, "wie sie steht und liegt". Dem Gericht sei es nicht gestattet, die Entscheidung etwa aufgrund originärer Überlegungen, die die Verwaltung selbst noch nicht angestellt hat, zu halten. Denn zur Ausübung von Verwaltungstätigkeit seien die Gerichte weder befugt noch sachlich und personell ausgestattet.³⁾ Voraussetzung derartiger reiner Rechtskontrolle durch die Gerichte sei aber eine vollständige Sachaufklärung durch die Behörde, da anderenfalls die Verwaltungsentscheidung bereits als nicht hinreichend fundiert aufgehoben werden müsse.⁴⁾

1) Kopp, BayVBl. 1969, 272 (273): "Ohne ein vorausgegangenes geordnetes Verwaltungsvorverfahren können in der Regel auch die Gerichte ihre Rechtsschutzfunktionen nicht voll erfüllen."; ders., Verfassungsrecht, S. 57, 150, 240; Bericht, S. 159; ferner Hans Joachim Becker, Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts? DRiZ 1962, 149 (151).

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 156 f., 240; ebenso für das rechtliche Gehör Jose, a. a. O., S. 73.

3) Kopp, Verfassungsrecht, passim.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 240.

In besonderem Maße gelten diese Überlegungen für das Verhältnis der Begründung von Verwaltungsakten zur anschließenden gerichtlichen Kontrolle. "... auch für die Gerichte selbst, ..., ist die Kenntnis der Gründe eine wichtige Voraussetzung dafür, daß sie ihre Aufgabe der Kontrolle der Verwaltung wirksam erfüllen können. Denn diese Kontrolle kann sich, ..., nicht auf die Nachprüfung beschränken, ob der Entscheidungssatz eines Bescheides der Verwaltung in den vorhandenen Tatsachen und im objektiven Recht irgendwie, wenn auch vielleicht aus ganz anderen Gründen, als die Verwaltung angenommen hatte, eine Stütze findet." Die Kontrolle der Gerichte habe vielmehr das Verwaltungshandeln "in der getroffenen konkreten Regelung und in den für sie maßgeblichen konkreten Überlegungen der Verwaltung" zum Gegenstand. Hierfür aber sei die Begründung, mit der die Verwaltung selbst ihren Bescheid versehen hat, das "wichtigste Erkenntnismittel".¹⁾²⁾

Von ganz besonderer Bedeutung für die gerichtliche Überprüfbarkeit ist die behördliche Begründung von Ermessensentscheidungen (vgl. § 39 I 3 VwVfG). Denn eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle im Rahmen des § 114 VwGO auf Ermessensfehler hin ist nur

1) Die Zitatstellen sind Kopp, Verfassungsrecht, S. 244 f. entnommen; vgl. auch dens., S. 91, 149, 159 ff., 178, 196.

2) Ebenso, wenn auch nicht auf die reine Rechtskontrollfunktion der Gerichte abstellend:
Franz Becker, Entscheidungsbegründung, S. 133; ders., Verwaltungsverfahren, S. 56; ders., Recht in Ost und West 1969, 49 (55); Bachof, VerfR I, Teil 2 B 111 (S. 234); Ule, VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (130); Schick, JuS 1971, 1 (3); Jose, a. a. O., S. 116; andeutungsweise auch Giacometti, a. a. O., S. 385; vgl. ferner Zschacke, NJW 1954, 413 (414) und Kopp, VwVfG, 1. zu § 39, der die Bedeutung der Begründung für die Kontrolle der Verwaltung durch Aufsichtsbehörden und andere Rechtsbehelfsinstanzen unterstreicht.

möglich, wenn die Behörde angegeben hat, welche Tatsachen sie ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat, auf welche rechtlichen Grundlagen sie dieselbe gestützt hat und ob bzw. wie sie die von der Entscheidung berührten entgegengesetzten Interessen gegeneinander abgewogen hat.¹⁾

Entsprechendes gilt, wenn die Verwaltungsentscheidung in Vollzug von Normen ergangen ist, die unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum enthalten.²⁾

II. Rechtsschutzfunktion im engeren Sinne

Während das Verwaltungsverfahren in seiner Eigenschaft als Rechtsschutzvoraussetzung gerichtlichen Rechtsschutz erst ermöglicht oder zumindest erleichtert, steht im Mittelpunkt der folgenden Betrachtungen der Rechtsschutzcharakter des Verwaltungsverfahrens als solchen neben dem gerichtlichen Rechtsschutz.

1) BVerwG, Urt. vom 7.11.1958, VerwRSpr. Bd. 11, Nr. 209 (S.879): "Die Ausübung des Ermessens ... bedeutet ein Abwägen des Für und Wider der sich gegenüberstehenden Belange... Die angestellten Erwägungen müssen aus der Entscheidung erkennbar sein. Nur dann ist eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung, ob von dem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht worden ist, insbesondere, ob Ermessensmißbrauch vorliegt, möglich." Ebenso VGH Baden-Württemberg, Urt. vom 6.11.1962, BaWüVB1. 1963, 122. Vgl. auch BayVGh, Entsch. vom 27.7.1951, Nr. 3 IV 49 (auszugsweise abgedruckt bei Reuter, a.a.O., S. 31 = Nr.5) und BayVGh, Entsch. vom 15.11.1951, Nr. 137 III 50 (vgl. Reuter, a.a.O., S.31 = Nr. 6).
Vgl. ferner Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 13, 30; Foerster, LVwG, 3. zu § 109; Bachof, VerfR II, Nr. 349 (S.330); Feneberg, DVBl, 1965, 222 (223); Schick, JuS 1971, 1 (5); Stephan von Welck, Die Begründung von Ermessensentscheidungen nach dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, ZRP 1971, 124 (125); Maurer, JuS 1976, 485 (489); Zschacke, NJW 1954, 413 (414); Rupp, ZRP 1971, 233.

2) Schick, JuS 1971, 1 (3).

1) Es herrscht weitgehende Übereinstimmung, daß dem Verwaltungsverfahren selbst Rechtsschutzfunktion zukommt, und zwar dem Verfahren in seiner Gesamtheit¹⁾ wie auch seinen einzelnen Erscheinungsformen.

So wurde schon frühzeitig der Rechtsschutzeffekt der Zuständigkeitsvorschriften erkannt. "Mit der Zuständigkeit verbindet sich immer auch ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit dafür, daß die danach zum Handeln berufene Behörde auf Grund ihrer personellen

1) Wanner, a. a. O., S. 20: "In der Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens liegt bereits ein embryonaler Rechtsschutz für den Staatsbürger." (Hervorhebung des Verfässers); Lorenz, a. a. O., S. 178 ff.; Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 8. b) und 4. a) zu § 10; ders., BayVBl. 1969, 272 (274); ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (220 f.); Wolff III, § 156 I. a) (S. 274); Neuser, a. a. O., S. 24, 50, 83, 88, 97, 106, 168 f.; Menger, System, S. 59; ders., DÖV 1969, 153 (159); Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 61 (1970), 168 (179 f.); Michael Fellner, Grundfragen des Verwaltungsverfahrens, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 345 (349); Horst Sendler, Das Verfahren der Berliner Verwaltung. Zum Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung, DÖV 1959, 439 (440); Feneberg, DVBl. 1965, 177 (178); Bernhard Hofmann, Verwaltungsverfahren und Beamtenversorgung, Jahrbuch des Postwesens 1965, 357 (360); Alfons Wenzel, Wegweiser zum Verwaltungshandeln. Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, Bayer. Staatszeitung Nr. 31 (30. Juli 1976), S. 6 (Sp. 1); Ule, DVBl. 1957, 597 ff.; ders., Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1958, 9 f.; Musterentwurf, Allg. Begr., S. 64; Erwin Melichar, Das Verwaltungsverfahren, Mitbericht, VVDStRL 17, 183 (197), (Berlin 1959); Hans Peter Ipsen, VVDStRL 17, 223 (230) (Aussprache); Spanner, DJT, S. 33 und, etwas zurückhaltender, S. 45; Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 36; ders., Recht in Ost und West 1969, 49 (50).

Kritisch zur Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrensrechts: Otto Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, Tübingen 1967, S. 21, 26, 52; ders., Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1958, 6 ff.; Bettermann, VVDStRL 17, 118 (170, 173) (Referat); wohl auch Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S. 181 f.

und sachlichen Ausstattung, ihrer Vertrautheit mit den zu regelnden Verhältnissen und ihrer besonderen Erfahrung in der Materie besser geeignet ist als jede andere Behörde, den Sachverhalt richtig zu ermitteln und eine richtige Entscheidung zu treffen."¹⁾

Auch die Gewährung von rechtlichem Gehör vor dem Erlaß belastender Verwaltungsakte ist seit jeher als Rechtsschutzeinrichtung anerkannt. So schreibt Renkl²⁾ in seiner Dissertation über das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren: "Die Folge (sc. der Anhörung) ist für den Bürger eine Vereinfachung insoweit, als er sich schon vor der Verwaltung mit großer Sicherheit sein Recht verschaffen kann und nicht erst nach Durchlaufen des behördlichen Verfahrens auf den Verwaltungsgerichtsprozeß warten muß."

1) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 67 f.; ders., VwVfG, 1. zu § 3; Neuser nennt die Zuständigkeitsregelung eine "erste Rechtsschutzfunktion für den Bürger", a. a. O., S. 49 Anm. 48; den Rechtsschutzaspekt der Zuständigkeitsordnung betont besonders Hermann Reuß, Zuständigkeitsordnung und Rechtsschutzsystem des Reichsleistungsgesetzes, ZAKDR 1941, 76 (77 f.); vgl. ferner Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 11. Kap. I. (S. 191 f.); Imboden, a. a. O., S. 115; Menger, System, S. 29; dens., VerwArch. Bd. 53 (1962), 390 (397).

Aus der Rechtsprechung: besonders deutlich BayVGH (n. F.) 1, 74.

2) A. a. O., S. 10. Vgl. weiter Jellinek, a. a. O., § 12 I. (S. 290); Fleiner, a. a. O., § 15 I. (S. 228); Ludwig von Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1935, S. 244 f.; Giacometti, a. a. O., S. 379 f.; Nägeli, Schweizerisches ZBl. 1954, 113, 145 (154); Pfenninger, Schweizerisches ZBl. 1950, 473 (477); Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 36; Peter Lerche, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZVP 78.Bd. (1965), 1 (27); Kopp, Verfassungsrecht, S. 11, 81; dens., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (242); Neuser, a. a. O., S. 26. A. A., soweit ersichtlich, nur Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183): "Angesichts der verwaltungsgerichtlichen Kompetenzen ist ein Anspruch auf rechtliches Gehör vor Verwaltungsbehörden an sich überflüssig."

Aus denselben Gründen steht das Akteneinsichtsrecht im Dienst außergerichtlichen Rechtsschutzes¹⁾. Es ergänzt das rechtliche Gehör²⁾, das sich, um praktikabel zu bleiben, nicht auf alle in den Akten befindlichen umstrittenen Details erstrecken kann, die dennoch oft genug entscheidungserheblich sind. Diese werden in jedem Falle von der Akteneinsicht erfaßt mit der Folge, daß dem Betroffenen auf diese Weise die Möglichkeit der Richtigstellung noch in der Verwaltungsinstanz gegeben ist.

Auch das Zusammenwirken zweier oder mehrerer Behörden vor Erlaß eines Verwaltungsaktes in Gestalt der Zustimmung, des Einvernehmens oder Benehmens liegt in der Tendenz einer Rechtsschutzgewährleistung auf der Ebene der Verwaltung. Menger³⁾ weist darauf hin, daß in der Beurteilung der Frage des Erlasses einer Verwaltungsentscheidung unter verschiedenen Gesichtspunkten und durch mehrere sachverständige und damit in ihrem Blickwinkel und in ihrer Sachkunde einander ergänzende Behörden für den einzelnen bereits ein "embryonaler Rechtsschutz" liegt, den das Gericht insbesondere bei Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und im Falle der Ermessensausübung nicht zu ersetzen vermag.

Abschließend ist noch anzumerken, daß vereinzelt auch behördliche Auskunft-, Mitteilungs- und Beratungspflichten⁴⁾, Regelungen betreffend den Ausschluß befangener Amtsträger von der

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 11; Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 53; Neuser, a. a. O., S. 26; Foerster, LVwG, 5. Nr. 2 zu § 88.

2) Zum Zusammenhang von Anhörungsrecht und Akteneinsichtsrecht vgl. Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 29 Rdn. 5; Kopp, VwVfG, 1. und 3. zu § 29.

3) VerwArch. Bd. 56 (1965), 177 (192); ähnlich auch L. von Köhler, a. a. O., S. 244.

4) Neuser, a. a. O., S. 26.

Mitwirkung an Verwaltungsentscheidungen¹⁾ und Vorschriften, die Schriftform verlangen²⁾, als Verfahrenseinrichtungen bewertet werden, die u. a. auch dem Rechtsschutz des einzelnen zu dienen bestimmt sind.

2) Im folgenden soll diese Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrensrechts näher beleuchtet und auf ihren dogmatischen Hintergrund untersucht werden.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, daß der gerichtliche Rechtsschutz trotz aller Bemühungen von Rechtsprechung und Literatur lückenhaft geblieben ist, und zwar sowohl aus rechtlichen wie auch aus faktischen Gründen.

Die Hauptursache der rechtlichen Lückenhaftigkeit besteht darin, daß der Verwaltungsrechtsschutz der VwGO grundsätzlich nur nachträglicher, repressiver Art ist.³⁾ Die Gerichte können daher in der Regel erst dann tätig werden, wenn die Verwaltung bereits gehandelt hat und schwerwiegende Nachteile für den Bürger oftmals schon eingetreten sind, die vielfach durch die Gerichte gar nicht mehr beseitigt werden können. Der gerichtliche Rechtsschutz kommt in diesen Fällen zu spät.⁴⁾ Insbesondere Mängel in

1) Jellinek, a. a. O., § 12 I. (S. 290); Kopp, VwVfG, 1. zu § 20.

2) Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 29 Abs. 2, S. 141; Feneberg, DVBl. 1965, 177 (178).

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 2 f., 18, 60, 106, 149; ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (221); Tipke, a. a. O., S. 14; Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 37; Lerche, ZZP 78. Bd. (1965), 1 (27); Ule, Rechtmäßigkeit, S. 251 f.; Wolff III, § 156 I. a) (S. 274).

4) So insb. Kopp, Verfassungsrecht, S. 2 f. Zur Schwäche des repressiven Rechtsschutzes vgl. auch das Beispiel aus der bayerischen Verwaltungspraxis von Apelt, VVDStRL 17, 213 (240 f.) (Diskussionsbeitrag).

der Aufklärung des Sachverhalts durch die Behörden können von den Gerichten nur begrenzt behoben werden¹⁾, weil sich die Gerichte in der Praxis auf eine Überprüfung der streitigen Tatsachen beschränken²⁾ und ihnen zudem die personelle und sachliche Ausstattung für die Ausübung von materieller Verwaltungstätigkeit fehlt. Eine weitere Schwäche verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes liegt in der Überprüfung von Ermessensakten. Die Beschränkung der gerichtlichen Kompetenz auf die Prüfung, ob Ermessensüberschreitung oder Ermessensfehlgebrauch vorliegt, erweist sich für den Bürger als eine erhebliche Beeinträchtigung des gerichtlichen Rechtsschutzes.³⁾ Denn gerade die unzweckmäßige Ermessensausübung durch die Behörde, die grundsätzlich vor den Gerichten nicht geltend gemacht werden kann, ist für den einzelnen Bürger oft schwerwiegend.⁴⁾ Hinzu kommt, daß ein Ermessensfehlgebrauch in der Regel nur schwer nachweisbar ist und sich aus diesem Grund ebenfalls häufig gerichtlicher Kontrolle entzieht.⁵⁾⁶⁾ Relevanz gewinnt die Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes gegen Ermessensakte in der Rechtspraxis insbesondere im Falle der Anfechtung von Planungsentscheidungen. Unter "Plan" sind in diesem Zusammenhang alle diejenigen Maßnahmen zu verstehen, "mit denen der Staat nicht mehr durch die Exekutive punktförmig gegenüber einem bestimmten Adressaten einen konkreten, isolierten Einzelfall regelt, sondern weitgreifende soziale Zusammenhänge vorausschauend ordnet und Einzelakte nur mehr zur Ausführung des Ge-

1) Franz Becker, a. a. O.; Tipke, a. a. O.

2) Tipke, a. a. O.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 151; ders., VwVfG, 2. b) zu § 40.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 151 f.

5) Kopp, Verfassungsrecht, S. 151 f.

6) Zum "Rechtsschutzdefizit" in der Ermessensverwaltung vgl. ferner Lorenz, a. a. O., S. 181; Pfenninger, a. a. O., S. 473 (477); Melichar, VVDStRL 17, 183 (188 f.) (Mitbericht). Kritisch zur Ansicht vom Kontrolldefizit im Ermessensbereich Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 29 unter Hinweis darauf, daß das Maß der Gerichtskontrolle von der "Vorentscheidung durch den Gesetzgeber" abhängt und nicht umgekehrt.

samtplans erläßt¹⁾, z. B. Bebauungspläne und Planfeststellungsbeschlüsse nach den Straßengesetzen.

Derartige Planungsentscheidungen ergehen in der Regel auf der Grundlage weitreichender behördlicher Gestaltungs- und damit auch Ermessensfreiheit mit der Folge, daß sie gerichtlich lediglich in den Grenzen des § 114 VwGO überprüfbar sind.²⁾

Hinzu kommt, daß das Vorhaben, zu dessen Durchführung die Planfeststellung betrieben wird, häufig schon durch vorhergegangene Planungen determiniert ist, wie z. B. in den Fällen der § 16 FStrG, § 13 WaStrG, § 6 LuftVG³⁾, ohne daß dem Gericht insoweit noch Korrekturmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Ein weiteres Rechtsschutzdefizit bei der Überprüfung solcher Entscheidungen liegt darin, daß die Beseitigung einer einzelnen, aus einem Plan resultierenden Rechtsverletzung grundsätzlich nur bei Aufgabe des gesamten Planes möglich ist. Ist dieser aber bereits "ins Werk gesetzt", so scheidet eine Totalaufhebung aus mit der Folge der Unkorrigierbarkeit der Rechtsverletzung. Nachträglicher Rechtsschutz kommt zu spät.⁴⁾⁵⁾

Schließlich ist der gerichtliche Rechtsschutz unvollkommen, wenn es um die Nachprüfung einer Verwaltungsentscheidung geht, die in Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes mit Beurteilungsspielraum der Verwaltung ergangen ist.⁶⁾

Rechtsprechung und h. L.⁷⁾ billigen der Verwaltungsbehörde einen

1) So Lorenz, a. a. O., S. 144; vgl. auch Foerster, LVwG, 1. zu § 139.

2) BVerwG, Urt. vom 14.2.1969, DVBl. 1969, 362 (364); BVerwGE 34, 301 (308); Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 74 Rdn. 7, 20; Foerster, LVwG, 1. b) zu § 73; Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (97).

3) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 74 Rdn. 20; vgl. auch Kopp, VwVfG, 12. zu § 73.

4) Lorenz, a. a. O.; ähnlich Scheuner, VVDStRL 17, 213 (238) (Diskussionsbeitrag); vgl. auch Kopp, VwVfG, 3. zu § 72.

5) Zur Rechtsschutzproblematik im Bereich der Planverwaltung vgl. ausführlich Willi Blümel, Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1975, 695 - 709; BVerwG, Urt. vom 30.4.69, DVBl. 1969, 697 (698).

- 6) Kopp, Verfassungsrecht, S. 151 ff.; Lorenz, a. a. O., S. 181 f.; Kuhn, a. a. O., 19 b), 20., 21. zu § 73.
- 7) Vgl. die Zusammenfassung in BVerwGE 26, 65 (74) und BVerwG, Urt. vom 16.12.1971, NJW 1972, 596 ff. Wolff-Bachof I, § 31 I. c) (S. 188 ff.); Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 21 ff.; Kopp, VwVfG, 6. zu § 40; Foerster, LVwG, 1. a) zu § 73 (alle mit weiteren Nachweisen von Literatur und Rechtsprechung).

Beurteilungsspielraum zu beim Erlaß von Prüfungs- und prüfungs-ähnlichen Entscheidungen sowie bei der Beurteilung von Beamten; ferner im Falle wertender Entscheidungen pluralistisch zusammengesetzter Kollegialbehörden, die die Vermutung gesellschaftlicher Repräsentanz für sich haben.¹⁾ Die Verwaltungsgerichte sind in diesen Fällen darauf beschränkt, zu prüfen, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob die Behörde ihrer Entscheidung zutreffende Tatsachen zugrundegelegt hat, ob die allgemeingültigen Bewertungsgrundsätze eingehalten wurden und ob die Verwaltung sich nicht von sachfremden Erwägungen leiten ließ. Die Wertung in ihrem Kern ist als "höchstpersönliche, rational nicht voll erfaßbare"²⁾ Entscheidung gerichtlicher Kontrolle nicht zugänglich: die Verwaltungsgerichte haben das materielle Letztentscheidungsrecht der Verwaltung zu akzeptieren.

Der gerichtliche Rechtsschutz ist jedoch nicht nur aus den dargelegten rechtlichen Gründen mangelhaft. In den Vordergrund des juristischen Interesses rückt in jüngerer Zeit die zeitliche Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren in ihrer Auswirkung auf den Wert gerichtlichen Rechtsschutzes.

Schon im Jahre 1950 hat Carl Hermann Ule³⁾ darauf hingewiesen, daß die bei den niedersächsischen Verwaltungsgerichten anhängigen Klagen infolge der stark angewachsenen Rückstände durchschnittlich erst ein halbes Jahr nach Eingang bearbeitet werden. Zehn Jahre später wird die regelmäßige Prozeßdauer bis zur Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils mit fünf bis

1) Damit sind die praktisch bedeutsamsten Fälle genannt. Nachweise auf weitere Fallgruppen siehe S. 36 in der in Anm. 7 angegebenen Rechtsprechung und Literatur.

2) So Martin Neufelder, Umfang der Bewertungsbegründung bei Prüfungsarbeiten, BayVBl. 1974, 335 (335 f.).

3) Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1950, S. 37.

sechs Jahren angegeben.¹⁾ In der Zwischenzeit haben sich die Zahlen noch ungünstiger entwickelt.²⁾

Gerichtlicher Rechtsschutz ist jedoch meist nur dann effektiv, wenn er der angegriffenen Verwaltungsmaßnahme rasch folgt. Denn dem Kläger ist nicht geholfen, wenn er sein Recht erst erhält, nachdem dies infolge veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse für ihn uninteressant geworden ist.³⁾

Ferner werden mit zunehmender zeitlicher Entfernung der gerichtlichen Entscheidung von den streitgegenständlichen Vorgängen die Erkenntnismöglichkeiten und damit die Chance, die Wahrheit zu ermitteln, geringer.⁴⁾

In Anbetracht dessen wird seit längerem davon gesprochen, die Dauer der Verwaltungsprozesse komme "einer teilweisen Verweigerung des Rechtsschutzes"⁵⁾ gleich.

Die aufgezeigten Rechtsschutzmängel rechtlicher und faktischer Art legen die Frage nach flankierenden außergerichtlichen Rechtsschutzeinrichtungen nahe.⁶⁾ Unter diesen fällt dem Verwaltungsvorgang die bedeutsamste Rolle zu.⁷⁾

1) Bericht, S. 71, ferner auch S. 155 f., 158.

2) Zur Oberlastung der Verwaltungsgerichte und der dadurch bedingten unerträglichen Dauer der Verwaltungsprozesse vgl. Spanner, DJT, S. 45 f.; Alexander Koehler, Aufbau und Umfang der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 565 (574 f.); Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 121; Bericht, a. a. O.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 3, 104 ff.; Menger, DÖV 1969, 153 (159); Wenzel, a. a. O., S. 6 Sp.1; Ule, Verwaltungsreform, S. 79 ff.; Konrad Redeker, Notwendigkeit und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten von Parlamentsbeauftragten in Deutschland, NJW 1967, 1297 (1299); dens., Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung, DVBl. 1971, 369 (374); ferner Helmut R. Külz, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Zahlen, DÖV 1956, 741 - 743; Paulus van Husen, Die Oberlastung der Verwaltungsgerichte, DVBl. 1958, 671 - 676.

3) Spanner, DJT, S. 45 f.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 105.

5) So Bericht, S. 155; ähnlich Spanner, DJT, S. 46.

6) Lorenz, a. a. O., S. 144 ff., 167 ff.

7) Lorenz, a. a. O., S. 178 ff.

So wird ein Ausgleich für die grundsätzliche Nachträglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes in einem Verwaltungsverfahren gesehen¹⁾, das größtmögliche Gewähr gegen die Schaffung vollendeter Tatsachen schon vor Anrufung des Gerichts bietet²⁾ und damit der Forderung nach Gewährung von präventivem Rechtsschutz entspricht.³⁾ Peter Badura⁴⁾ spricht in diesem Zusammenhang vom "Kompensationseffekt" des formalisierten Verfahrens für den lediglich repressiven Gerichtsschutz. Stellt man das Verwaltungsverfahren derart in den Dienst der Rechtsschutzgewährung, so erfährt Art. 19 IV GG, dessen umfassender Zwecksetzung ein lückenhafter gerichtlicher Rechtsschutz nicht genügt, eine "Vorwirkung"⁵⁾ im Bereich des Verfahrens der Verwaltung.⁶⁾

Das Verwaltungsverfahren ist ferner geeignet, die Rechtsschutzlücken zu füllen, die bei der gerichtlichen Überprüfung von Ermessensakten und behördlichen Entscheidungen in Anwendung von Normen mit Beurteilungsspielraum auftreten.

Im Hinblick auf die stark eingeschränkte Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte bei der Kontrolle von Ermessensakten führt Kopp aus⁷⁾: "Die Verwaltungsbehörde muß deshalb ihre Entscheidung zumindest in einem vom Gericht nachprüfbar Verfahren treffen, das eine hinreichende Gewähr dafür bietet, daß alle für eine objektive Beurteilung des Falles und die in der Sache richtige Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkte der Verwaltung bei ihrer Entscheidung bekannt waren und von ihr auch ent-

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 60, 149; ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (221); ders., BayVBl. 1969, 272 (274); Badura, a. a. O., S. 249; Wenzel, a. a. O., S. 6 Sp. 1; Tipke, a. a. O., S. 14; Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 37.

2) So besonders Paul Kirchhof, Die Bedeutung der Unbefangenheit für die Verwaltungsentscheidung, VerwArch. Bd. 66 (1975), 370 (382); vgl. auch Spanner, DJT, S. 33.

3) Diesen Aspekt hebt besonders Neuser, a. a. O., S. 1, 26 f., 169, 274 hervor; ebenso Kopp, Verfassungsrecht, S. 202 Anm. 565; Ule, Rechtmäßigkeit, S. 252.

4) A. a. O., S. 249.

5) Lerche, ZZP 78. Bd. (1965), 1 (27).

6) Vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S. 149.

7) Verfassungsrecht, S. 152, ähnlich S. 77, 118 (insb. für das rechtliche Gehör).

sprechend ihrer objektiven Bedeutung berücksichtigt wurden." Auch andere Autoren stellen eine Bedeutungszunahme von Verfahren und Verfahrensrecht dort fest, wo "materielle Entscheidungsbefugnisse" der Verwaltung wirksam werden, wie zum Beispiel im Falle der Ermessenseinräumung.¹⁾

Vergleichbar ist die Situation im Bereich derjenigen Vorschriften, die unbestimmte Rechtsbegriffe und damit ein mehr oder weniger hohes Maß an materieller Unbestimmtheit aufweisen.

Rupert Scholz fordert als Ausgleich für die durchgängig geringe materielle Rechtssicherheit im Bereich des Kartellrechts, die durch verhältnismäßig unbestimmte Rechtsbegriffe, insbesondere Eingriffsermächtigungen hervorgerufen wird²⁾, ein "Mehr an verfahrensrechtlichen Garantien", einen "Ausbau des bürgerlichen Schutzes im Kartellverwaltungsverfahren"³⁾, wie z. B. Anhörungsrechte für Antragsteller und Interessenvertreter.⁴⁾

Die Verfassungsgarantie des Art. 19 IV GG, die in ihren materiellrechtlichen Garantien zurückgedrängt wird, entwickelt hier die Fähigkeit, "kompensierende Schutzinstitute" verfahrensrechtlicher Art für den von der materiell-rechtlichen Unbestimmtheit betroffenen Bürger zur Verfügung zu stellen bzw. zu entwickeln.⁵⁾

1) So Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (96); vgl. ferner Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 1 und Badura, a. a. O., S. 249.

2) Rupert Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971, S. 100. Als Beispiele hierfür nennt er auf S. 93: "Konzentration", "Marktbeherrschung", "Gemeinwohl".

3) Scholz, a. a. O., S. 100.

4) Scholz, a. a. O., S. 101 f.

5) Scholz, a. a. O., S. 101 (Hervorhebung im Text).

Ganz ähnlich argumentiert Jost Pietzcker¹⁾ im Hinblick auf die geringe Dichte gerichtlicher Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, wenn er schreibt: "Wesentlicher ist der Einbau von Kontrollmechanismen in das Prüfungsverfahren selbst, und damit die Garantie richtiger Entscheidung durch die Ausgestaltung der Prüfung."

Schließlich wird das Verwaltungsverfahren mit seinen Schutzeinrichtungen zugunsten des einzelnen als Ausgleich für das gerichtliche Rechtsschutzdefizit der Verfahrensdauer angesehen, und zwar in doppelter Hinsicht: Einmal gewährt es dem einzelnen Rechtsschutz anstelle der überlasteten Gerichte, deren Urteil - wie oben dargelegt - häufig zu spät kommt.²⁾ Zum anderen führt es, weil die Interessen des Bürgers bereits auf der Ebene der Verwaltung weitgehend Berücksichtigung finden, zu einem Rückgang der verwaltungsgerichtlichen Klagen und damit zu einer Abkürzung der gerichtlichen Verfahrensdauer³⁾, die wiederum eine Qualitätsverbesserung des gerichtlichen Rechtsschutzes ermöglicht.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das Verwaltungsverfahren samt zugehörigem Recht der Gewährung von effektivem Rechtsschutz dient. Bezogen auf die Gerichtskontrolle kommt ihm "Ergänzungsfunktion"⁴⁾, "Ausgleichsfunktion"⁵⁾ zu⁶⁾, wobei

-
- 1) A. a. O., S. 138; ähnlich S. 104 f., 117 f., 151, 190; ferner Peter Krause, Hochschulprüfungen und ihre Kontrolle als Rechtsproblem, WissR 1970, 118 (122 Anm. 18).
 - 2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 3 f., 155; Spanner, JZ 1970, 671 (675); ders., Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, 651 (655 f.); Bericht, S. 155 ff., 228.
 - 3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 3 f., 155; Spanner, JZ 1970, 671 (675); ders., DÖV 1958, 651 (655 f.).
 - 4) Lorenz, a. a. O., S. 181.
 - 5) Schwarze, a. a. O., S. 60.
 - 6) Vgl. auch Ule, DVBl. 1957, 597 (601): "Ausgleich zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit" und dens., DVBl. 1958, 9 f.; ferner Kopp, Verfassungsrecht, S. 3; Bernhard Hofmann, Beamtenrechtliche Probleme der gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens, ZBR 1966, 37 (38); Luhmann, Legitimation, S. 216 Anm. 25 (mit allerdings nicht zwingender Schlußfolgerung).

hervorzuheben ist, daß es nicht um eine Verdrängung des Verwaltungsgerichtsverfahrens, sondern vielmehr um eine Verstärkung der Rechtsschutzgarantien desselben im Interesse des Staatsbürgers geht.¹⁾ Den Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Verfahren²⁾ gibt folgendes Bild von Dieter Lorenz³⁾ treffend wieder: "Der Rechtsschutzbereich bildet ... gewissermaßen einen Kreis, dessen Fläche von gerichtlichem und verwaltungsinternem Rechtsschutz bedeckt wird, so daß dieser sich ausweitet, wenn jener, ..., zurückweicht, ja, soweit gerichtliche Kontrolle schlechthin ineffektiv und damit funktionslos ist, den Rechtsschutzbereich sogar allein ausfüllt."⁴⁾

Die Frage, inwieweit dieses Rechtsschutzmodell, insbesondere dessen Weiterentwicklung im Sinne einer weiteren Verlagerung des Rechtsschutzes vom Gerichtsverfahren weg in das Verwaltungsverfahren mit Art. 19 IV GG - der ausnahmslos gerichtliche Kontrolle verlangt - vereinbar ist⁵⁾, bedarf hier keiner vertieften Erörterung. Denn es ging hier nur um den Nachweis der Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrens neben derjenigen des Verwaltungsstreitverfahrens, nicht an deren Stelle.

-
- 1) So besonders deutlich Franz Becker, Verwaltungsverfahren, S. 37.
 - 2) Dazu ausführlich: Schwarze, a. a. O., passim; ferner Wolff III, § 156 I. a) (S. 274); Ule, DVBl. 1957, 597 ff. (insb. S. 597, 601, 603).
 - 3) A. a. O., S. 180.
 - 4) Vgl. ferner: Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 9. a); Ule, DVBl. 1957, 597, 601; Wolff III, § 156 I. a) (S. 274).
 - 5) Vgl. hierzu: Schwarze, a. a. O., S. 50 ff.; Gerhard Oettl, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1971, S. 84 ff.; Kopp, Verfassungsrecht, S. 149 ff.

§ 4 Demokratische Funktion

I. Allgemeines

Der Demokratiebegriff des Grundgesetzes ist verschwommen wie kaum ein zweiter Verfassungsgrundsatz geblieben, insbesondere was seine Bedeutung für den Bereich der Verwaltung betrifft.¹⁾ Die überwiegend vertretene Lehre begreift das Demokratieprinzip als "ein rein staatliches Strukturprinzip", das lediglich "die politische Willensbildung des Volkes und deren Relevanz für die Organisation und Betätigung der Staatsgewalt ordnet"²⁾. Daraus wird geschlossen, das Demokratieprinzip fordere nur die Legitimation der staatlichen Machtausübung durch das Volk, hingegen nicht die Bindung jeder Einzelentscheidung an den Konsens der davon betroffenen Bürger.³⁾

Aber trotz aller Kontroversen um den Inhalt des Demokratiegrundsatzes wird man sagen können, daß das Verwaltungsverfahren, insbesondere mit seinen Instituten, die auf Mitwirkung und Mitbestimmung des einzelnen an der Entscheidungsfindung abzielen, im Dienst demokratischer Tendenzen und Forderungen steht.⁴⁾

- 1) So v. Münch, a. a. O., S. 30. Zum Verhältnis Verwaltung/Demokratieprinzip vgl. ausführlich Wolfgang Zeidler, Der Standort der Verwaltung in der Auseinandersetzung um das Demokratieprinzip, Referat, gehalten auf der verwaltungswissenschaftlichen Fachtagung der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften in Regensburg vom 10. bis 12. Oktober 1973, abgedruckt in: Demokratisierung und Funktionsfähigkeit der Verwaltung (Hrsg.: Hans-Joachim von Oertzen), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974, S. 23 - 45, insb. S. 25 ff.; vgl. auch den Bericht über die anschließende Diskussion, abgedruckt a. a. O., S. 46 - 49.
- 2) So die h. L. zusammenfassend Klaus Obermayer, Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung, Neuwied und Berlin 1973, S. 24.
- 3) Obermayer, Mitbestimmung, S. 25.
- 4) Ule, Verwaltungsreform, S. 64, betont, "daß die Mitwirkung der Beteiligten am Verwaltungsverfahren nicht nur unter rechtsstaatlichen, sondern auch unter demokratischen Gesichtspunkten gesehen werden muß. Diese Mitwirkung erscheint dann als Teilhabe an der Verwaltung, ..."; ferner ders., VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (128); in dieselbe Richtung gehend, wenn auch allgemeiner, ders., DVBl. 1976, 421 (427); ebenso Kube, a. a. O., S. 105 (insb. für die Planungsverwaltung).

Denn das Demokratieprinzip verpflichtet die Verwaltung sicherzustellen, daß der Wille der Gemeinschaft, wie er in den parlamentarisch beschlossenen Gesetzen niedergelegt ist, auch im Einzelfall vollzogen wird, was nur im Rahmen eines geeigneten Verfahrens möglich ist.¹⁾

Eine weitere Nahtstelle zwischen Demokratiegrundsatz und Verwaltung stellt der Aspekt der Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die Öffentlichkeit, insbesondere auch die öffentliche Meinung, auf die Übereinstimmung mit dem Wollen der Gemeinschaft dar.²⁾

In erster Linie ist hier das rechtliche Gehör zu nennen, das der Kontrolle der Verwaltung durch die unmittelbar von der Entscheidung Betroffenen als Vertreter der Gemeinschaft in hohem Maße förderlich ist.³⁾

Dasselbe gilt für das Akteneinsichtsrecht, das es ebenfalls dem einzelnen ermöglicht, sich ein objektives Urteil über Rechtmäßigkeit und Unparteilichkeit des ihn betreffenden Verwaltungshandelns zu bilden und damit die öffentliche Verwaltungstätigkeit zu kontrollieren.⁴⁾

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 181.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 181.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 189. Kritisch zur Repräsentantenstellung des einzelnen Eugen Buri, Rezension von Ferdinand Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, NJW 1971, 2061.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 194; vgl. auch v. Münch, a. a. O., S. 34, der jedoch mehr den Zusammenhang des Akteneinsichtsrechts mit dem Rechtsstaatsprinzip hervorhebt. Zum Zusammenhang von Akteneinsichtsrecht und Demokratieprinzip vgl. ferner Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 29 Rdn. 4.

Bedingung einer wirksamen Kontrolle der Verwaltung durch den einzelnen als Repräsentanten der Gemeinschaft ist weiter, daß die Behörde ihre Maßnahmen hinreichend begründet. Denn Rechtsbehelfe sind unter der Geltung des Demokratieprinzips "ein wichtiges Mittel in der Hand des Bürgers zur Verwirklichung der ihm als Repräsentant des souveränen Volkes zustehenden Kontrolle der Verwaltung".¹⁾ Wie oben dargelegt, kann aber der einzelne von der Möglichkeit der Rechtsbehelfseinlegung nur dann sinnvoll Gebrauch machen, wenn der Verwaltungsentscheidung, die zur behördlichen oder gerichtlichen Überprüfung gebracht werden soll, eine Begründung beigelegt ist.

Zugleich trägt eine ausführliche Begründung der Verwaltungsakte erheblich zu deren Transparenz bei, die ebenfalls in zunehmendem Maße unter dem Schlagwort der "Demokratisierung" in Verbindung mit dem Demokratieprinzip gebracht wird.²⁾

II. Legitimationsfunktion

1) Die Rechtslehre mißt dem Verwaltungsvorgehen ganz überwiegend Legitimationsfunktion bei.

Zur Begründung wird dabei vorgetragen: Das Demokratieprinzip zwingt die Verwaltung, sich sowohl gegenüber denjenigen, die vom Verwaltungshandeln konkret betroffen sind, wie auch gegenüber der Allgemeinheit zu legitimieren, d. h. den Bürger von der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der ergriffenen Maßnahmen zu überzeugen.³⁾ Eines der wichtigsten Mittel, der Verwaltungsentscheidung erhöhte Überzeugungskraft zu verleihen und auf

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 196. Kritisch hierzu Buri, a. a. O., S. 2061.

2) Kube, a. a. O., S. 105.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 183 f., 188.

diese Weise die Betroffenen eher zu ihrer Hinnahme zu motivieren, sei das Verwaltungsverfahren.¹⁾

Diesem diene zur Überzeugungsbildung besonders die Herstellung einer engeren Verbindung zwischen einzelnem und Verwaltung, die Einbeziehung der Betroffenen in den Entscheidungsprozeß, genauer: deren maßgebliche Mitwirkung am Zustandekommen des Verwaltungsaktes.²⁾

Für die Bereitschaft des Akzeptierens spielt weiter die Durchschaubarkeit und Korrektheit des Verfahrens eine erhebliche Rolle, denn ein ungünstiger Verfahrensausgang ist leichter zu ertragen, "wenn er nicht noch von dem Verdacht begleitet wird, daß nicht einmal im Verfahren alles mit rechten Dingen zugegangen sei."³⁾

Schon diese allgemeinen Überlegungen dürften deutlich gemacht haben, daß es die Rechtsinstitute des rechtlichen Gehörs⁴⁾, der Akteneinsicht⁵⁾ und der Begründung von Verwaltungsakten⁶⁾ sowie

-
- 1) Fellner, Grundfragen, S. 353, 357; Langrod, DVBl. 1961, 305 (310); Schwarze, a. a. O., S. 66 f.; Frh. von Scheurl, a. a. O., S. 363, 354 (andeutungsweise); ferner Ule, Verwaltungsreform, S. 64; Franz Becker, Recht in Ost und West 1969, 49 (50).
 - 2) Kube, a. a. O., S. 37; Ule, Verwaltungsreform, S. 64. Zu den einzelnen Taktiken und Strategien der Überzeugungsbildung vgl. ausführlich Kube, a. a. O., S. 39 ff. Hasso Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, Berlin 1977, S.85, spricht in diesem Zusammenhang von "zusätzlicher demokratischer Legitimation von Verwaltungsentscheidungen durch die verfahrensrechtlich geordnete oder zu ordnende Mitwirkung organisierter und nichtorganisierter Interessenten".
 - 3) Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95). Zur Transparenz des Verfahrens vgl. auch Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 8. a).
 - 4) Ule, Verwaltungsreform, S. 71; Kube, a. a. O., S. 33; Kopp, Verfassungsrecht, S. 119, 218; ders., VwVfG, 2. a) zu § 28; a. A. Luhmann, Legitimation, S. 213 f.
 - 5) Kopp, VwVfG, 1. zu § 29.
 - 6) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 39 Rdn. 1; Kopp, VwVfG, 1. zu § 39; ders., Verfassungsrecht, S. 123, 195 f.; Ule, Verwaltungsreform, S. 71; ders., VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (131 f.); Voucko, a. a. O., S. 40 f., 65 f.; Kube, a. a. O., S. 33, 62 f.; Krause, WissR 1970, 118 (129); Knack, VwVfG, § 39 Rdn. 2.2; a. A. Luhmann, Legitimation, S.214 f.

die Antrags-, Mitwirkungs- und Zustimmungserfordernisse beim Erlaß von Verwaltungsakten¹⁾ sind, denen eine derartige "Motivationsfunktion"²⁾ zukommt. Vereinzelt wird auch auf die Gründlichkeit der Sachaufklärung verwiesen.³⁾

Die Gewährung rechtlichen Gehörs und die damit verbundene Erörterung der wichtigsten potentiell entscheidungserheblichen Sach- und Rechtsfragen ist das klassische Mittel, den Bürger von der Korrektheit der behördlichen Verfahrensweise und der sachlichen Richtigkeit der abschließenden Entscheidung zu überzeugen, selbst wenn diese nicht seinen Erwartungen entspricht.⁴⁾ Denn der Bürger wurde im Detail mit den Erwägungen der Behörde vertraut gemacht und hatte hinreichend Gelegenheit, seinen Standpunkt vorzutragen, so daß nicht der Eindruck entstehen konnte, es sei über ihn hinweg entschieden worden.

Unter der Geltung des Demokratieprinzips reicht es nicht aus, daß die Behörde im Einklang mit Recht und Gesetzmäßigkeit handelt. Dies muß vielmehr auch offensichtlich werden. Aus diesem Grund müssen die Entscheidungen die Betroffenen überzeugen, wozu es der Begründung seitens der Behörde bedarf, "die dem Bürger die Übereinstimmung mit dem demokratisch zustande gekommenen und vom Gemeinwillen getragenen Gesetz darlegt und ihn in seiner staatsbürgerlichen Verantwortung für das Ganze anspricht."⁵⁾

Deshalb muß die Begründung "plastisch, anschaulich und plausibel" sein, denn nur dann wird das Mißtrauen des Bürgers "vor konstruktiver Manipulation genommen", und zwar "im Interesse der Konsensbildung und der Integration des Bürgers bei der Verwaltungsent-

1) Kube, a. a. O., S. 33 Anm. 114.

2) Kube, a. a. O., S. 33.

3) Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (100).

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 218, ähnlich S. 119.

5) Kopp, Verfassungsrecht, S. 195 f.

scheidung."1)2) Auf die damit verbundene Legitimationswirkung und Oberzeugungsbildung kann der demokratische Staat nicht verzichten, da er "auf die freiwillige Bejahung und Mitwirkung des Bürgers angewiesen ist".3)

2) Wie bereits angedeutet, nimmt Niklas Luhmann in der Frage der Legitimationsfunktion des Verwaltungsverfahrens einen von der h. L. abweichenden Standpunkt ein.

Mit den Methoden der Rechtssoziologie4) untersucht er das Verwaltungsverfahren auf legitimierende Funktionen hin.5) Seiner Analyse legt er einen Legitimationsbegriff6) zugrunde, der sich von dem der h. L. unterscheidet. Während die Vertreter derselben unter Legitimation den Vorgang des individuellen Überzeugens der Betroffenen verstehen, der letztlich zu einer Hinnahme, zu einem Akzeptieren auch nachteiliger Entscheidungen führt, handelt es sich dabei für Luhmann um eine mehr gesellschaftlich-soziale Erscheinung. Legitimation von Entscheidungen bedeute einen "institutionalisierten Lernprozeß"7), der auf eine Hinnahme und Anerkennung verbindlicher Entscheidungen - unabhängig vom Befriedigungswert derselben - abzielt8), eine "laufende Umstrukturierung von Erwartungen, die den Entscheidungsprozeß begleitet" und auf dem faktischen Kommunikationsprozeß basiert9), kurz:

1) Kube, a. a. O., S. 62 f.

2) Den Integrationseffekt der Form- und Verfahrensvorschriften (speziell des Zusammenwirkens mehrerer Behörden) hebt Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516) hervor.

3) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 196 (Hervorhebung des Verfassers); ders., VwVfG, 1. zu § 39.

4) So ausdrücklich Luhmann, Legitimation, S. 221.
Die folgenden Zitatstellen sind derselben Schrift entnommen.

5) S. 201 ff.

6) S. 27 ff.

7) S. 36.

8) S. 30 f.

9) S. 36 f.

ein "effektives, möglichst störungsfreies Lernen im sozialen System" mit der Konsequenz der Absorption von Protest.¹⁾²⁾

Auf der Grundlage dieser Begriffsbildung steht Luhmann einer legitimierenden Funktion des Verwaltungsverfahrens sehr skeptisch gegenüber. Als Grund hierfür nennt er den Zielkonflikt zwischen Effizienz auf der einen Seite und Legitimität der Entscheidung auf der anderen.³⁾ Die Rationalisierung, deren die Verwaltung im Interesse der Steigerung ihrer Leistungsfähigkeit bedarf, "wird kaum eine Form annehmen können, die zugleich ein Optimum an werbender Wirkung erbringt und dem Bürger das Gefühl des Beteiligtseins an einer eigenen Sache vermittelt".⁴⁾ Rationalisierung erfordere vielmehr Entlastung von anderen Funktionen, vor allem von derjenigen der Legitimierung des Entscheidens.⁵⁾

Luhmann hebt weiter hervor, daß Verwaltungsentscheidungen gossenteils durch Vorgabe von Zwecken und Begrenzungen der Mittelwahl programmiert sind. Dies mache ein Vorgehen notwendig, bei dem der Eindruck der Unparteilichkeit des Entscheidens nicht zu wahren sei, der für legitimierende Verfahren gerade wesentlich sei.⁶⁾

1) S. 35. Eines ähnlichen Legitimationsbegriffes bedient sich Kube, a. a. O., S. 37 f. Vgl. hierzu auch Hasso Hofmann, Legitimität, Anm. 49.

2) Kritisch zur Konzeption Luhmanns äußert sich Reinhold Zippelius, Legitimation durch Verfahren? in: Festschrift für Karl Lorenz zum 70. Geburtstag (Hrsg.: Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris), München 1973, S. 293 - 304 (298 ff.): Ein Regelungssystem könne nur dann mit allgemeiner Anerkennung rechnen, wenn die produzierten Entscheidungen der Rechtsgemeinschaft auch inhaltlich annehmbar erscheinen. Bloßes effektives, störungsfreies Funktionieren genüge nicht, sei vielmehr seinerseits vom inhaltlichen Befriedigungswert abhängig. Hasso Hofmann, Legitimität, Anm. 49, macht Luhmann zum Vorwurf, er verkürze "Problem und Begriff der Legitimität um die entscheidende Frage nach den spezifischen Grundlagen eben dieses Systems", bleibe also "ganz innerhalb des Legalitätssystems".

3) S. 207, 211, 218.

4) S. 207.

5) S. 218.

6) S. 208.

Speziell für das rechtliche Gehör legt Luhmann dar, die Verfahrenswirtschaftlichkeit als Ausprägung des Rationalitätsgedankens werde vielfach einen Verzicht auf die Beschaffung weiterer Informationen und damit auch auf Anhörung nahelegen.¹⁾ Die Begründung, die in der Praxis von Juristen für Juristen verfaßt werde und vom Empfänger ohne Hilfe von Sachverständigen häufig nicht verstanden werden könne, habe lediglich die Funktion eines Verbindungsgliedes zwischen Verwaltungsakt und anschließender gerichtlicher Kontrolle.²⁾ Letztlich unterstellt aber auch Luhmann legitimierende Funktionen des Verwaltungsverfahrens, wenn er ausführt: "Diese Erwägungen legen den Vorschlag nahe, die Verwaltung und damit auch die Verwaltungsverfahren von legitimierenden Funktionen weitgehend zu entlasten und die Verwaltungsarbeit funktional spezifisch auf die Ausarbeitung konsistenter Entscheidungen unter Reduktion möglichst hoher Komplexität zu konzentrieren."³⁾

§ 5 Weitere Funktionen

I. "Effektivitätsfunktion"

Mitunter wird in der Rechtslehre von einer "Effektivitätsfunktion"⁴⁾ des Verfahrensrechts gesprochen.

- 1) S. 213 f. vgl. hierzu auch die Ausführungen zur Begrenzung des Untersuchungsgrundsatzes unter Effizienz Gesichtspunkten (§ 1).
- 2) S. 215; kritisch hierzu Ule, VerwArch. Bd. 62 (1971), 114 (131).
- 3) S. 215 f.
- 4) Dieser Begriff wird in Bezug auf das Verfahrensrecht von Neuser, a. a. O., S. 26, aber auch S. 83, 84, 106, 169, verwendet.

So verweist Wanner¹⁾ darauf, daß durch Verfahrensnormen eine zweckmäßige und wirkungsvolle Erfüllung staatlicher Aufgaben erreicht werden soll.

Kopp²⁾ setzt die wichtigsten Verfahrensrechtsinstitute in Beziehung zu dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit und Wirksamkeit der vollziehenden Gewalt, einem aus Art. 20 GG hergeleiteten Verfassungsprinzip, das die Exekutive verpflichtet, für eine zügige, wirksame und gleichzeitig rationelle Erfüllung der ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben zu sorgen.

In engem Zusammenhang mit dieser Effektivitätsfunktion steht der Arbeitsteilungseffekt, der den Zuständigkeitsvorschriften beigemessen wird³⁾; denn die Erledigung der staatlichen Aufgaben in Arbeitsteilung ist eine Form wirksamer, rationaler Arbeitsweise.⁴⁾

Aus der kurzen Skizzierung dessen, was den Inhalt der Effektivitätsfunktion ausmacht, wird erkennbar, daß diese die Sachrichtigkeitsfunktion ergänzt. Während mit dieser zum Ausdruck kommt, daß die Verfahrensnormen eine sachlich zutreffende Verwaltungsentscheidung ermöglichen sollen, legt jene das Schwergewicht auf die rasche, effektive und zugleich rationelle Herbeiführung eines solchen Ergebnisses.

1) A. a. O., S. 67; ähnlich Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (96).

2) Verfassungsrecht, S. 214 f. (Zuständigkeitsvorschriften); S. 217 ff. (rechtliches Gehör); S. 220 f. (Untersuchungsgrundsatz); S. 222 f. (Mitwirkungsverbot befangener Amtsträger); S. 225 (Begründung).

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 67; ders., VwVfG, 1. zu § 3; Andersen, a. a. O., S. 72, 91; Becker/Luhmann, a. a. O., S. 138; Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (517); Brunner, DÖV 1969, 773 (778).

4) Vgl. Becker/Luhmann, a. a. O.; Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (517).

II. Ordnungsfunktion

In weitem Umfang werden Verfahrensnormen als bloße Ordnungsvorschriften oder - gleichbedeutend - als Bestimmungen bezeichnet, denen nur Ordnungsfunktion zukommt,¹⁾ Das gilt insbesondere für Regelungen der örtlichen Zuständigkeit²⁾, für den Begründungszwang belastender Verwaltungsakte³⁾ und für Formvorschriften.⁴⁾ Bei näherer Betrachtung der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung zeigt sich, daß unter dem Stichwort der Ordnungsvorschrift zwei unterschiedliche Tatbestände behandelt werden. Einmal sollen Ordnungsvorschriften solche Bestimmungen sein, die "wertfrei", d. h. lediglich technischer Natur sind und keinen Rechtswert, sondern nur einen Zweckmäßigkeitwert realisieren.⁵⁾⁶⁾

- 1) Baring, Allgemeine Lehren, S. 37; Badura, a. a. O., S. 266; Voucko, a. a. O., S. 105 Anm. 296; H. W. Zinser, Der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des badischen, bayerischen, sächsischen und württembergischen Verwaltungsgerichtshofes, bzw. Oberverwaltungsgerichts, VerwArch. Bd. 39 (1934), 40 (70), 229 (253 f.); Imboden, a. a. O., S. 115; Klaus von der Groeben/Hans Joachim Knack, Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz), Kommentar, Köln-Berlin-Bonn-München 1968 ff., 3 zu § 109; Bachof, VerfR I, Teil 2 C 12 (S. 251); Werner Weber, Empfiehlt es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Referat, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960 (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), Bd. II (Sitzungsberichte), D 37 - 59 (46); Ipsen, Verwaltungsakte, S. 28; Kopp, Verfassungsrecht, S. 69; Musterentwurf, Einzelbeogr. zu § 30 Abs. 2, S. 147.
Aus der Rechtsprechung: VGH Freiburg i. Br., Urt. vom 9.4.1952, ZMR 1952, 165.
- 2) Imboden, a. a. O., S. 115.
- 3) VGH Freiburg, a. a. O.; von der Groeben/Knack, LVwG, 3 zu § 109; Musterentwurf, a. a. O.; a. A. Voucko, a. a. O., S. 70 f.
- 4) Badura, a. a. O., S. 266; Bachof, VerfR I, Teil 2 C 12 (S. 251); für das Zusammenwirken mehrerer Behörden ebenso Kopp, Verfassungsrecht, S. 69.
- 5) Baring, Allgemeine Lehren, S. 37; wohl auch Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95).
- 6) Den technischen Charakter der Verfahrensvorschriften betonen: Baring, Allgemeine Lehren, S. 34 f., 37, 39, 41; Werner Weber, DJT, D 42, 44 (bez. der im Berliner Verwaltungsverfahrensgesetz getroffenen Regelungen); E. R. Huber, a. a. O., S. 718, 727, 729.

Kritisch zur technischen Betrachtungsweise des Verfahrensrechts: Kopp, Verfassungsrecht, S. 63 f.; ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (258); Ule/Becker, a. a. O., S. 4; Langrod, DVB1. 1961, 305 (306).

Zum zweiten wird der Begriff der Ordnungsvorschrift dazu benutzt, auf eine - im Verhältnis zum sonstigen Recht - reduzierte Wertigkeit von Form- und Verfahrensvorschriften hinzuweisen. Ordnungsvorschriften sind in diesem Zusammenhang Form- und Verfahrensbestimmungen, deren Verletzung entweder überhaupt keine Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit¹⁾ auslöst oder aber keine oder nur eingeschränkte Rechtsfolgen nach sich zieht.²⁾

Soweit der Begriff Ordnungsvorschrift zur Kennzeichnung einer (eingeschränkten) Sanktionslosigkeit im Falle der Verletzung Verwendung findet, ist er dem Prozeßrecht entlehnt. Dort faßt man seit jeher Vorschriften, deren Verletzung keine Revision zu tragen vermag, unter der Sammelbezeichnung "Ordnungsvorschriften" zusammen.³⁾

Demnach handelt es sich bei der Ordnungsfunktion nicht um einen Normzweck, der gleichrangig neben den oben behandelten steht, sondern um einen rein beschreibenden Begriff.

1) VGH Freiburg, a. a. O.; Foerster, LVwG, 1. zu § 154 (betr. Zustellungsmängel).

2) Voucko, a. a. O., S. 253, ferner auch S. 71, 105 Anm. 296; Zinser, a. a. O., S. 253; von der Groeben/Knack, LVwG, 3 zu § 109; Jose, a. a. O., S. 112; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 30 Abs. 2, S. 147.

Aus der Rechtsprechung: BVerwGE 21, 208 (210) zu § 114 II BSHG; BVerwGE 26, 145 (146) zu § 16 II SchwBG a. F.

3) Theodor Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 33. Aufl., München 1977, § 337 Rdn. 6.

III. Gleichheitsfunktion

Das Verwaltungsverfahren dient schließlich dem Zweck, durch die Einhaltung gewisser Formen und Förmlichkeiten eine gleichmäßige Rechtsanwendung ohne Rücksicht auf die Person der Beteiligten zu gewährleisten.¹⁾

Die gesetzliche Zuständigkeitsordnung dient der Verwirklichung des Gleichheitssatzes²⁾, indem sie für gleichartige Vorgänge die gleiche Behörde für zuständig erklärt.

Dasselbe gilt für das Mitwirkungsverbot befangener Amtsträger; denn es liegt im Interesse des Gleichheitssatzes, daß die Beamten allen Bürgern gleichermaßen unvoreingenommen und mit dem Willen zur sachlichen Behandlung entgegentreten.³⁾

Eine Reihe weiterer wesentlicher Verfahrensrechtsinstitute wird als Ausprägung des Grundsatzes der Waffengleichheit bewertet, der ebenfalls in Art. 3 GG verankert ist. So kann man in dem rechtlichen Gehör der Beteiligten ein Gegenstück zur Möglichkeit der Verwaltung sehen, ihre eigenen Kenntnisse als "Partei" der abschließenden Entscheidung zugrunde zu legen.⁴⁾ Das Akteneinsichtsrecht entspricht der jederzeitigen behördlichen Einsichtsmöglichkeit in und Verfügbarkeit über die Akten.⁵⁾

1) Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 8. a).

2) Menger, System, S. 29 f.; ders., VerwArch. Bd. 53 (1962), 390 (397); Kopp, Verfassungsrecht, S. 175; Voucko, a. a. O., S. 130 Anm. 378.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 175 f.; ders., VwVfG, 1. zu § 20; für das Prüfungsverfahren: Pietzcker, a. a. O., S. 132 f.; Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 20 Rdn. 2; ähnlich auch BVerwGE 16, 150 (153).

4) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 173; vgl. ferner Tipke, a. a. O., S. 18; Pfenninger, Schw. Zentralblatt 1950, 473 (478 f.).

5) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 173; ders., VwVfG, 1. zu § 29; ähnlich Franz Mayer, Verfahrensgrundsätze der Verwaltung, BayVB1. 1960, 332 (336).

Das Recht der Verfahrensbeteiligten auf Bestellung eines Vertreters dient ebenfalls der Herstellung einer gewissen Waffengleichheit zwischen der rechtskundigen Behörde und dem in der Regel rechtsunkundigen Bürger.¹⁾

Schließlich werden auch die behördlichen Betreuungs- und Fürsorgepflichten²⁾ und die Begründungspflicht³⁾ unter dem Waffengleichheitsaspekt gesehen, letztere, weil sie auf der Seite des betroffenen Bürgers ein Äquivalent für die Kenntnis der Behörde von den relevanten Erwägungen im Einzelfall schafft.⁴⁾

1) Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 14 Rdn. 1.

2) Kopp, VwVfG, 1. zu § 25.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 173 f. und 178; vgl. ferner von Welck, ZRP 1971, 124 (125); Schick, JuS 1971, 1 (3).

4) Auf den Gesichtspunkt der Waffengleichheit der Parteien weist auch Jose, a. a. O., S. 118 hin unter Bezugnahme auf VGH Freiburg, Urt. vom 5.12.1955, DVB1. 1956, 660.

Teil II: Dogmatik der §§ 45, 46 VwVfG

1. Kapitel: § 46 VwVfG

Vorbemerkung: Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift¹⁾

Die Bemühungen um eine gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen formeller Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten ohne potentielle Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt mündeten erstmals im "Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963)"²⁾ in einen Textvorschlag einer möglichen Gesetzesformulierung ein.³⁾ Dieser Musterentwurf ist das Arbeitsergebnis eines Ausschusses von Beamten aus dem Bundesinnenministerium und den Innenministerien der Länder, der sich auf Anregung des Bundesinnenministers am 13.12.1960 bildete und am 17.3.1964 seinen Gesetzgebungsvorschlag veröffentlichte.⁴⁾⁵⁾

§ 36 EVwVerfG 1963 lautet: "Ein Verwaltungsakt, der nicht nach § 34 nichtig ist, kann nicht allein deshalb aufgehoben werden, weil er unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften oder von Regelungen über die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können oder wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat."

1) Vgl. zum folgenden Obermayer, VwVfG, S. 14 ff.; Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, S. 33; Reinhold Baumann, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes. I. Teil: Der Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes und seine Genesis. DÖV 1976, 475 - 479.

2) Herausgegeben vom Bundesminister der Innern, 2. Aufl., Köln und Berlin 1968 mit Anhang "Münchener Fassung".

3) Die Sachverständigenkommission verzichtete auf die Ausarbeitung eines Gesetzgebungsvorschlages, vgl. Bericht, S. 59, 179 ff.

Sie befaßte sich überhaupt nicht mit der Problematik der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten (Bericht, S. 60). Vgl. auch Wolf von Dreising/Hans Jürgen von der Heide, Zum Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Innern, DÖV 1960, 241 - 248.

4) Vgl. Musterentwurf, S. 299.

- 5) Zu Konstituierung, Verfahrensweise und Meinungsbildung der Bund-Länder-Kommission vgl. Werner Thomas, Musterentwurf für ein Verwaltungsverfahrensgesetz, DÖV 1964, 361; zur Entstehungsgeschichte des Musterentwurfs vgl. auch Feneberg, DVBl. 1965, 177.

Aufgrund einer Besprechung, die im März 1966 in München stattfand, modifizierte der Bund-Länder-Ausschuß seine ursprüngliche Textfassung unter Berücksichtigung der bis zum Frühjahr 1966 zum Musterentwurf erschienenen Stellungnahmen und des Referentenentwurfs des Bundesministers des Innern vom Dezember 1965.¹⁾ In dieser sog. "Münchener Fassung" des Musterentwurfs vom März 1966²⁾ blieb § 36 EVwVerfG 1963 unverändert.

In Schleswig-Holstein wurde § 36 EVwVerfG 1963 in Gestalt des § 115 des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz) vom 18. April 1967 (GVBl. S. 131) mit Wirkung vom 1.1.1968 Gesetz.³⁾

Der Referentenentwurf des Bundesministers des Innern vom Juli 1967⁴⁾ übernahm § 36 des Musterentwurfs unverändert.

Am 21.9.1970 legte die Bundesregierung dem Bundestag den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes⁵⁾ vor. § 36 dieses Entwurfs sieht vor: "Ein Verwaltungsakt, der nicht nach § 34 nichtig ist, darf nicht allein deshalb aufgehoben werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können oder wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat."

Da dieser Entwurf wegen des vorzeitigen Endes der 6. Legislaturperiode nicht zu Ende beraten werden konnte, brachte die Bundes-

1) Vgl. Musterentwurf, S. 299 f.

2) Abgedruckt als Anhang der 2. Aufl. des Musterentwurfs, S. 303 ff.

3) Das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein wird künftig mit LVwG abgekürzt.

4) Az.: I B 4 - 130 210/6.

5) BT-Drucks. VI/1173.

Einen Überblick über diesen Entwurf gibt Gerhard Kubsch, Der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, SKV 1971, 5 - 7.

regierung unter dem 18.7.1973 erneut einen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁾ im Bundestag ein, dessen § 42 bestimmt: "Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 40 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können." Diese Bestimmung wurde schließlich - als § 46 VwVfG - Gesetz²⁾ und trat am 1.1.1977 in Kraft.³⁾

§ 6 Geltungsbereich des § 46 VwVfG

I. Belastende und begünstigende Verwaltungsakte

§ 46 VwVfG findet in gleicher Weise auf belastende und begünstigende Verwaltungsakte Anwendung, denn er verwendet "Aufhebung" als Oberbegriff für Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten⁴⁾, wobei unter Rücknahme die Beseitigung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu verstehen ist und Widerruf gleichbedeutend ist mit Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte, jeweils außerhalb

1) BT-Drucks. 7/910.

2) Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976 (BGBl. I S.1253), geändert durch Art. 7 Nr. 4 des Adoptionsgesetzes vom 2. Juli 1976 (BGBl. I S.1749).
Einen Überblick über das VwVfG geben: Helmut Schleicher, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, II. Teil: Zu einzelnen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes, DöV 1976, 550-555; Friedrich Giehl, Das Verwaltungsverfahrensgesetz. Entwicklung - Leitgedanken - Inhalt, BayVBl. 1976, 321 - 324; H. Meier, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, DöD 1976, 217 - 223.

3) Gemäß § 103 I VwVfG.

4) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 48 Rdn. 11, § 49 Rdn. 1; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 43 Abs. 2 und vor § 48 Abs. 1; Hans-Werner Laubinger, Der EVwVerfG 1973 - Inhaltsüberblick und Kritik, JA 1976, 267 (ÖR 83); Maurer, JuS 1976, 485 (492 iVm Anm. 63); Werner Frotscher, Vermögensschutz oder Bestandschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten? DVBl. 1976, 281.
Vgl. ferner BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 44, 45, S. 67; ebenso schon BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu §§ 37, 38, S. 53.

eines Rechtsbehelfsverfahrens.¹⁾ Dabei spielt eben keine Rolle, ob es sich um belastende oder begünstigende Verwaltungsakte handelt, weil es nach der Vorstellung des Gesetzgebers für die Aufhebbarkeit eines Verwaltungsaktes hauptsächlich auf dessen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit ankommt und die Frage der Wirkung für den Adressaten lediglich als modifizierendes Moment hinzutritt²⁾.

§46 knüpft damit unmittelbar an den Musterentwurf an, der den Begriff der Aufhebung in der gleichen Bedeutung verwendet³⁾, und steht weiter im Einklang mit dem im Lauf der Zeit herrschend gewordenen Sprachgebrauch in Rechtsprechung und Literatur.⁴⁾

- 1) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 48 Rdn. 11, § 49 Rdn. 1; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 43 Abs. 2 und vor § 48 Abs. 1; Kopp, VwVfG, 1. und 2. zu § 49; 1. und 3. zu § 48; Eichler, a.a.O., Erl. 1 zu § 48; Laubinger, JA 1976, 267 (UR 83); Frottscher, DVBl. 1976, 281, BT-Drucks. 7/910, a.a.O.; BT-Drucks. VI/1173, a.a.O.; vgl. ferner den Entwurf eines Bayer. VwVfG, LT-Drucks. 8/3551, S.32.
- 2) So BT-Drucks. 7/910, a.a.O. S. 67.
- 3) Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 37, 38, S. 163 iVm Einzelbegr. zu § 33 Abs. 2, S. 150.f.; Ossenbühl, DÜV 1964, 511 (514 f.); ders., Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, SKV 1966, 297 (301); Gerhard Dürig, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, ZPF 1964, 616 (620); Fritz Rietdorf, Zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - Einführung und leitende Gesichtspunkte -, DVBl. 1964, 333 (335); Alexander Delitz, Hat der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes Bedeutung für die KOV? Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (81). Zum LVwG ebenso: von der Groeben/Knack, a.a.O., 4.1; 4.2, 4.3 zu § 112; Kuhn, a.a.O., 2. zu § 112; Foerster, LVwG, 3. vor § 112, 2. zu § 112 und 2. zu § 116.
- 4) Auf diese Obereinstimmung weisen insb. Laubinger, a.a.O., und Frottscher, a.a.O., hin; ferner Kopp, VwVfG, 3. zu § 48, 1. und 2. zu § 49.
Zur Terminologie der Rechtsprechung: Hans Joachim Becker, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DÜV 1963, 459.
Zur h. L.: Fritz Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., Berlin 1965, S. 3 f. mwN, insb. S. 3 Anm. 8; ders., SKV 1966, 297 (301); Günter Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch, 3. Aufl., Düsseldorf 1975, S. 99; Otto Kimminich, Rücknahme und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, JuS 1965, 249 f. mwN S. 250 Anm. 3; ferner auch Ipsen, Verwaltungsakte, S. 12 f.

II. Gebundene und Ermessensakte

Die Verwaltungsakte lassen sich weiter einteilen in gebundene und Ermessensakte, je nach dem Maß der Normbindung, der die Verwaltung bei der Entscheidung unterliegt.¹⁾

Vor Prüfung der Anwendbarkeit des § 46 VwVfG auf diese beiden Verwaltungsakt-Kategorien bedarf es einiger Erläuterungen zur Gesetzesformulierung "wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können"

Maßgebend ist nicht, wie diese Passage des § 46 VwVfG vermuten lassen könnte, die bloße Möglichkeit einer anderen Entscheidung. Denn die Behörden sind immer in der Lage, rechtswidrige, aber gleichwohl wirksame Entscheidungen zu treffen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Möglichkeit einer zulässigen anderen Entscheidung bestanden hat, wobei als Maßstab dieser Zulässigkeit allein das materielle Recht heranzuziehen ist.²⁾

Die Möglichkeit einer zulässigen anderen Entscheidung ist abstrakt zu beurteilen. Im Regierungsentwurf 1973³⁾ wurde erstmals die Variante gestrichen, nach der eine Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte auch dann ausschied, "wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat"⁴⁾. Ohne diese Alternative wurde § 46 VwVfG auch - nach einer Kontroverse zwischen Bundesregierung und Bundesrat⁵⁾ - Gesetz. Damit schied die Frage der Kausalität des formellen Fehlers für die Entscheidungsalternative bzw. die Entscheidung selbst aus. Die subjektive Einstellung der Behörde in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht spielt keine Rolle mehr. Die Zulässigkeit einer anderen Entscheidung hängt nur mehr von den objektiven Möglichkeiten des materiellen Rechts ab, und zwar im Hinblick auf den jeweiligen Typ der Entscheidung (gebundene Entscheidung, Ermessensentscheidung, Beurteilungsermächtigung) und im Hinblick auf die Art des jeweils unterlaufenen Fehlers (z.B. Fehlen eines Mitwirkungsaktes).⁶⁾

1) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 21.

Wie sich aus § 47 III VwVfG ergibt, geht auch das VwVfG von dieser Grundunterscheidung aus.

2) Vgl. zum Ganzen Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 16.

3) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S.66.

4) So auch § 36 EVwVerfG 1963 und 1966, § 115 LVwG, § 36 Regie-

rungsentwurf 1970.

5) Vgl. BT-Drucks. 7/910, Stellungnahme des Bundesrates zu § 42, S. 103, und Gegenäußerung der Bundesregierung, S.110. Der Innenausschuß schloß sich der Ansicht der Bundesregierung an, vgl. Bericht des Innenausschusses vom 18.12.1975, BT-Drucks. 7/4494, Begr. zu § 46, S.9.

6) Vgl. zum Ganzen Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 18.

Auf der Grundlage dieser Überlegungen ist der Anwendungsbereich des § 46 VwVfG zu ermitteln.

1. Ermessensakte

§ 46 VwVfG findet keine Anwendung, wenn es um die Aufhebung von Ermessensentscheidungen geht.¹⁾

Die abstrakte Möglichkeit einer - wenn auch nur geringfügig - abweichenden Entscheidung ist hier immer gegeben, weil die Behörde im Ermessensbereich den normativen Rahmen unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zwecke im Einzelfall autonom konkretisiert und vervollständigt.²⁾ Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, daß ohne Verletzung von formellem Recht eine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können.

Eine Bestätigung findet dieses Ergebnis durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 46 VwVfG. Denn die im Regierungsentwurf von 1973 gestrichene Alternative ("wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat") war gerade auf Ermessensakte zugeschnitten.³⁾

Zweifelhaft ist aber, ob § 46 VwVfG auch dort unanwendbar ist, wo eine "Ermessensreduzierung auf Null" eingetreten ist.

1) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66: "Die Vorschrift bezieht sich nur auf gebundene Verwaltungsakte. Der weitere Bereich der freien Ermessensentscheidungen fällt nicht hierunter"; Maurer JuS 1976, 485 (492); Volkmar Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, NJW 1976, 1425 (1428); Eichler, a. a. O., Erl. zu § 46; im Grundsatz ebenso Kopp, VwVfG, 3. zu § 46; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 46; Badura, a. a. O., S. 280; Knack, VwVfG, § 46 Rdz.4.

2) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 19 iVm § 40 Rdn. 12.

3) Bez. Musterentwurf: Einzelbegr. zu § 36, S. 163; Ule, Verwaltungsreform, S. 74; Rietdorf, DVBl. 1964, 333 (334); Fritz Hauelsen, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsakt. Zur Bedeutung des Verwaltungsverfahrenrechts für den Bestand von Verwaltungsakten, DOK 1972, 611 (612).
Bez. LVwG: von der Groeben/Knack, a. a. O., 3.2 zu § 115; Kuhn, a. a. O., 8. und 9. zu § 115; Foerster, LVwG, 4. b) zu § 115.
Bez. § 36 Regierungsentwurf 1970: BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu § 36, S. 53.
Vgl. ferner Bericht des Innenausschusses, BT-Drucks. 7/4494, Begr. zu § 46, S. 9.

Hans Meyer¹⁾ verneint die Anwendbarkeit des § 46 VwVfG auch hier, wobei er auf die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung dieser Vorschrift (im Hinblick auf Art. 19 IV GG²⁾) verweist und als weiteres Argument "die der Struktur der Vorschrift entsprechende Klarheit des Kriteriums "Ermessensentscheidung"" anführt, das keine Einzelfalluntersuchung daraufhin erlaube, ob ausnahmsweise eine Ermessensschrumpfung eingetreten sei. Die entgegengesetzte Position vertritt Ferdinand Kopp³⁾: Bei Ermessensentscheidungen sei die Feststellung, daß keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können, dann möglich, wenn jede andere als die getroffene Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre, m. a. W. wenn Ermessensreduzierung auf Null eingetreten ist.⁴⁾

Die verfassungsrechtliche Argumentation Meyers hat Gewicht, wie in § 16 noch im einzelnen darzulegen sein wird. Hinzu kommt, daß der prozeßökonomische Nutzen, um dessentwillen § 46 VwVfG geschaffen worden ist, wieder zunichte gemacht wird, wenn man dem Verwaltungsrichter eine Analyse der Ermessensproblematik im Einzelfall aufbürdet.⁵⁾

Aus diesen Erwägungen ist der Ansicht Meyers zu folgen.

2) Gebundene Verwaltungsakte

§ 46 VwVfG ist seinem Geltungsbereich nach also auf gebundene Verwaltungsakte beschränkt.⁶⁾

1) In Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 19.

2) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 4.

3) VwVfG, 3. zu § 46.; ähnlich Knack, VwVfG, § 46 Rdz. 4.

4) Mit derselben Tendenz wie Kopp: Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG Erl. zu § 46.

5) Vgl. hierzu ausführlich § 14 III. und § 18 II.

6) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 21; BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66; Paul Stelkens/ Heinz J. Bonk/Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978, § 46 Rdn. 7; Knack, VwVfG, § 46 Rdz. 4.

Hier ist die Entscheidung der Alternativlosigkeit regelmäßig - als eine Frage bloßer rechtlicher Subsumtion - ohne weiteres möglich.¹⁾ Es sei aber schon hier darauf hingewiesen, daß trotz grundsätzlicher Anerkennung eines gerichtlichen Letztentscheidungsrechts bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Verwaltungspraxis vorprägende Wirkung für die gerichtliche Entscheidung zukommt mit der Folge, daß sich Verfahrensfehler auch hier auf den Entscheidungsinhalt auswirken können.²⁾

3) Unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum

Wie in § 3 II. näher erläutert, billigt die h. L. der Verwaltung bei der Anwendung und Auslegung gewisser unbestimmter Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum zu. Das Gericht sieht von einer Überprüfung der Wertung als solcher ab und beschränkt sich auf eine Kontrolle der Rechtsvorgänge, die im Vorfeld derselben liegen.

a) Eine im Vordringen begriffene Meinung sieht in der Beurteilungsermächtigung lediglich eine Sonderform des Ermessens³⁾. Die behördliche Entscheidungskompetenz sei in beiden Fällen gleich strukturiert. Denn Ermessensausübung bedeute, den Entscheidungsmaßstab für den Einzelfall innerhalb des vorgegebenen Rahmens und Zweckes selbst zu setzen und dementsprechend tätig zu werden. Damit aber sei Ermessen niemals reines Rechtsfolgenermessen, sondern weise auch kognitive Momente auf.⁴⁾

Folgt man dieser Lehre, so lassen sich die für die Ermessensakte erarbeiteten Grundsätze zwanglos auf die Beurteilungsermächtigung - als eine Unterart des Ermessens - übertragen.⁵⁾

1) Kopp, VwVfG, 3. zu § 46; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 21.

2) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 21; ebenso Maurer, JuS 1976, 485 (492). Vgl. hierzu ausführlich § 18 II.

3) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 20.

4) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 40 Rdn. 12, 17.

5) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 20.

b) Es bedarf jedoch keiner Entscheidung zugunsten dieser Mindermeinung oder der wohl immer noch h. L., für die Beurteilungsspielraum der Gegenbegriff zum Ermessen ist, und zwar auf der Grundlage einer scharfen Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge sowie der Verbannung des Ermessensbegriffes aus dem Bereich des Tatbestandes und seiner Beurteilung.¹⁾ Denn auch diese h. M. führt zum gleichen Ergebnis.²⁾

Nachdem die Behörde im Falle der Beurteilungsermächtigung abschließend über die objektive Richtigkeit entscheidet, kann niemals ausgeschlossen werden, daß bei einer Änderung im Verfahren oder in der Zuständigkeit eine andere Sachentscheidung hätte getroffen werden können.³⁾

Wie in § 3 II. eingehend dargelegt, weist Dieter Lorenz dem Verwaltungsverfahren unter Rechtsschutzgesichtspunkten eine "Ergänzungsfunktion"⁴⁾ für diejenigen Fälle zu, in denen gerichtlicher Rechtsschutz ineffektiv bleibt, wie z. B. im Ermessens- und Beurteilungsbereich. Da bei einem derartigen gerichtlichen Rechtschutzdefizit "die Rechtswahrung mangels vollständiger gerichtlicher Überprüfbarkeit überhaupt nur durch Einhaltung des Verwaltungsverfahrens garantiert werden" könne, sei die Verletzung von Verwaltungsverfahrensrecht "notwendigerweise für die Entscheidung relevant"⁵⁾. Das Verwaltungsverfahren besitzt demnach für Ermessensakte und Entscheidungen, die in Anwendung einer Beurteilungsspielraum eröffnenden Norm ergehen, dieselbe Bedeutung.

Eine Bestätigung findet dieses Ergebnis - Gleichbehandlung von Ermessen und Beurteilungsspielraum in Bezug auf § 46 VwVfG - , wenn man einen Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift wirft. Denn soweit die dem § 46 VwVfG vorangegangenen Gesetzes- und Entwurfsvorschriften noch die auf Ermessensakte zuge-

1) Forsthoff, a.a.O., S.84 ff., Wolff-Bachof I, § 31 II. a) (S. 194 f.).

2) Götz, NJW 1976, 1425 (1428) und - ihm folgend - Eichler, a. a. O., Erl. zu § 46; Kopp, VwVfG, 3. zu § 46; Knack, VwVfG, § 46 Rdz. 4 iVm § 40 Rdz. 6.4.1

3) Kuhn, a. a. O., 7. zu § 115; ähnlich 21. zu § 73 und 9. zu § 115.

4) A. a. O., S. 181.

5) Lorenz, a. a. O., S. 182 Anm. 57.

schnittene Alternative enthielten ("wenn anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat"), wurden unter dieselbe auch die Beurteilungsfälle subsumiert.¹⁾

Mit Wegfall dieser Variante entfällt daher diese Subsumtionsmöglichkeit und damit die Anwendbarkeit des § 46 VwVfG auf unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum.

Als Ergebnis kann festgehalten werden: § 46 VwVfG ist sowohl auf belastende wie auch auf begünstigende Verwaltungsakte anwendbar, jedoch nicht auf Ermessensakte und Fälle der Beurteilungsermächtigung.

§ 7 Adressatenkreis des § 46 VwVfG

Die Frage nach den Adressaten dieser Vorschrift ist die Frage nach der Bedeutung des Tatbestandsmerkmals "Aufhebung". Alle Stellen, die zur Aufhebung von Verwaltungsakten befugt sind²⁾, haben prinzipiell auch § 46 VwVfG zu beachten.

1. Aufhebung als Oberbegriff für Widerruf und Rücknahme

Wie bereits dargelegt, besteht Übereinstimmung, daß das VwVfG "Aufhebung" als Oberbegriff für Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten verwendet. Soweit Aufhebung in diesem Sinn verstanden wird, wendet sich § 46 VwVfG in erster Linie an die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

Aber auch die Aufsichtsbehörden haben diese Vorschrift zu berücksichtigen, soweit sie unmittelbar zur Aufhebung befugt sind. Man wird davon auszugehen haben, daß dies nur dann der Fall ist, wenn sie zum Selbsteintritt berechtigt sind.³⁾ Das VwVfG selbst

1) So besonders deutlich von der Groeben/Knack, a.a.O., 3.2 zu § 115.

2) Vgl. hierzu Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 43 Rdn. 19, 20; ferner Klaus Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart-München-Hannover 1975, S. 116 (allerdings ohne Bezug zu §§ 43 ff. VwVfG).

3) So ausdrücklich Kuhn, a.a.O., 2. zu § 112 für das LVwG; unscharf Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 48 Rdn. 11.

enthält - im Unterschied etwa zum LVwG¹⁾ - keine Regelung des Selbsteintrittsrechts der Aufsichtsbehörden. Grundsätzlich lehnen Rechtsprechung und h.L. ein solches ab und beschränken es auf Ausnahmesituationen.²⁾

Bei Zugrundelegung dieser Bedeutungsrichtung des Aufhebungsbegriffes steht § 46 VwVfG in Zusammenhang mit § 48 VwVfG, der die Rücknahme von Verwaltungsakten im Grundsatz regelt.³⁾ Daß § 46 VwVfG in dieser Richtung nur Bezüge zu der Rücknahmeregelung des § 48 VwVfG, nicht aber zur Widerrufsnorm des § 49 VwVfG aufweist, rührt daher, daß § 46 VwVfG - wie in § 10 II. der Arbeit noch eingehend darzulegen sein wird - den formell fehlerhaften Verwaltungsakten auch bei sachlicher Alternativlosigkeit nicht die Rechtswidrigkeit nimmt. In den Gesetzen und Entwürfen, die dem VwVfG vorhergegangen sind, tritt der Zusammenhang zwischen den Vorschriften, die § 46 VwVfG entsprechen, und den Grundsatzregelungen der Rücknahme sprachlich deutlicher zutage als jetzt. So lautet beispielsweise § 37 I 1 EVwVerfG 1963: "Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, zurückgenommen werden, außer wenn er nach § 36 nicht aufgehoben werden darf."⁴⁾⁵⁾

-
- 1) Vgl. § 16 III LVwG: "Wird eine Weisung der Fachaufsichtsbehörde nicht befolgt, kann bei Gefahr im Verzuge die Fachaufsichtsbehörde an Stelle der angewiesenen Behörde tätig werden (Selbsteintrittsrecht)".
 - 2) Vgl. ausführlich Brunner, DÖV 1969, 773 ff. mwN aus Rechtspr. und h. L. ; Forsthoff, a.a.O., S. 231 f., 451; Foerster, LVwG, 4. zu § 16.
 - 3) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 48 Rdn.6.
 - 4) Hervorhebung des Verfassers.
 - 5) Ebenso deutlich § 116 I 1 LVwG und § 37 I 1 Reg.Entwurf 1970. Zum Zusammenhang zwischen §§ 36 und 37 EVwVerfG 1963 vgl. insbes. Spanner, DVBl. 1964, 845 (848), und Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 37 Abs. 1, S. 165.

I. Aufhebung als Kassation im Rechtsbehelfsverfahren

) Darüber hinaus erfaßt dieser Begriff auch noch die Kassation von Verwaltungsakten im Rechtsbehelfsverfahren.¹⁾ Soweit Aufhebung in diesem Sinne verstanden wird, wendet sich § 46 VwVfG in erster Linie an die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

In kompetenzieller Hinsicht bestehen keine Bedenken gegen eine derartige Deutung des Aufhebungsbegriffes, da der Bundesgesetzgeber grundsätzlich befugt ist, Bundesrecht - hier § 113 VwGO - abzuändern, auch im Rahmen einer anderen gesetzgebungstechnischen Einheit, und § 46 VwVfG die im Verhältnis zu § 113 I 1 VwGO speziellere Vorschrift darstellt insofern, als er die verwaltungsgerichtliche Aufhebungsbefugnis für einen eng gezogenen Kreis von Fehlerhaftigkeitstatbeständen, nämlich Verfahrens-, Form- und Zuständigkeitsmängel, besonders regelt.

) So insb. Maurer, JuS 1976, 485 (492) unter Hinweis auf § 43 II VwVfG ("... zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben") in Anm. 63; ebenso Götz, NJW 1976, 1425 (1428); ferner BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S.66; noch deutlicher BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu § 36, S.53; Eichler, a.a.O., Erl. zu § 46.
Für § 36 EVwVerfG 1963: Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 36, S. 162, und Einzelbegr. zu § 33 Abs.2, S.150 f.; Rietdorf, DVBl. 1964, 333 (334 f.); Bernd Bender, Der fehlerhafte Verwaltungsakt nach den §§ 34 - 36 des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DÖV 1965, 446 (449); Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (514); Alexander Koehler, Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, MDR 1964, 274 (276); ders., Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Die Bundesverwaltung 1964, 51 (52).
Für das LVwG: von der Groeben/Knack, a.a.O., 4 zu § 115; Kuhn, a.a.O., 6. zu § 115, 9. zu § 115, 2. zu § 112, a.A. nur Hans-Uwe Erichsen, Zum Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein - Gleichzeitig einige Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - , SchlHAnz. 1966, 121 (129).

) So besonders deutlich Meyer in Meyer/Borgs, § 46 Rdn.6.

2) Grundsätzlich ist auch die Widerspruchsbehörde Adressat des § 46 VwVfG.¹⁾

§ 79 2. HS VwVfG steht einer Anwendung dieser Vorschrift im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nicht entgegen.

Zwar verweist § 79 VwVfG für das Widerspruchsverfahren²⁾ auf die VwGO und deren Ausführungsvorschriften. Diese und insbesondere der 8. Abschnitt der VwGO regeln jedoch nur, "in welchen Fällen, innerhalb welcher Frist und wo der Widerspruch einzulegen ist, sowie welche Behörde über den Widerspruch zu entscheiden hat. Sonstige Einzelheiten des Widerspruchsverfahrens regelt er (sc. der 8. Abschnitt) dagegen nicht. Insoweit müssen sämtliche Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes, die ihrer Natur nach im Widerspruchsverfahren anwendbar sind, in diesem Verfahren ergänzend angewendet werden".³⁾

Da die VwGO über die Aufhebungsbefugnis der Widerspruchsbehörde nichts aussagt und § 46 VwVfG seiner Natur nach diese Lücke auszufüllen vermag, ist diese Norm grundsätzlich auch von den Widerspruchsbehörden zu beachten.⁴⁾

1) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 7; anders wohl Kopp, VwVfG, 3. zu § 46. Vgl. hierzu ausführlich § 9.

2) "Förmlicher Rechtsbehelf" im Sinne des § 79 VwVfG ist im wesentlichen nur der Widerspruch (§§ 68 ff. VwGO): BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 75, S. 91; Eichler, a. a. O., Erl. 1 zu § 79; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 79; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 79 Rdn. 3; Kopp, VwVfG, 3. zu § 79; ebenso Foerster, LVwG, 1. zu § 119 zum gleichgelagerten Problem im LVwG.

3) So BT-Drucks. 7/910, a. a. O.; ebenso Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, a. a. O.; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 79 Rdn. 9; Kopp, VwVfG, 3. zu § 79.

4) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 79 Rdn. 9: die ergänzende Geltung des VwVfG erstreckt sich auf das ganze Rechtsbehelfsverfahren, erfaßt damit auch den Erlaß des Rechtsbehelfsbescheides.

Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers, das Widerspruchsverfahren zu regeln, ergibt sich aus dessen Doppelnatur. Dieses ist nicht nur Verwaltungsverfahren¹⁾, sondern zugleich Sachurteilsvoraussetzung²⁾ eines sich anschließenden Verwaltungsprozesses. In dieser Eigenschaft unterliegt das Vorverfahren der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Nr. 1 GG³⁾, und zwar unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhanges.⁴⁾

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten: Adressaten des § 46 VwVfG sind die den Verwaltungsakt erlassende Behörde, Widerspruchsbehörde, Aufsichtsbehörde, soweit zum Selbsteintritt berechtigt, und Verwaltungsgericht.

§ 8 Die Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form und die örtliche Zuständigkeit im Sinne des § 46 VwVfG

Eine Präzisierung der von § 46 VwVfG erfaßten Fehlergruppen stößt auf eine doppelte Schwierigkeit.

Wie im Rahmen der systematischen Kritik des § 46 VwVfG in § 17 I. noch ausführlich darzulegen sein wird, lassen sich formelles und materielles Recht rechtsbegrifflich nicht präzise trennen. Der Versuch einer Abgrenzung des formellen Rechts als Oberbegriff der in § 46 VwVfG geregelten Normbereiche gegenüber dem materiellen Recht unterbleibt daher, zumal der Kernbereich des formellen Rechts ohnehin feststeht.

1) Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 101 f.; Hasso Hofmann, Die Rechtsnatur der Widerspruchsfrist, VerwArch. Bd. 58 (1967), 63, 135 (150, 153 f., 156); Maurer, JuS 1976, 485 (487); BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu Teil VI. Rechtsbehelfsverfahren, S. 91.

2) Tschira/Schmitt Glaeser, VwGO, S. 79; Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 9 Rdn. 9.

3) Vgl. BVerfGE 17, 246 (248); 35, 65 (72); ferner Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 79 Rdn. 2.

4) Vgl. Hasso Hofmann, VerwArch. Bd. 58 (1967), 63, 135 (151 f.).

Weiterhin bereitet die Abgrenzung der Verfahrens- und Formfehler voneinander erhebliche Schwierigkeiten.¹⁾ Die Ursache hierfür liegt darin, daß das VwVfG auf eine Abschtichung verzichtet²⁾ und auch der gesetzliche Sprachgebrauch inkonsequent ist. So spricht z. B. § 45 VwVfG von Verfahrens- und Formfehlern. Von den in Abs. 1 dieser Bestimmung genannten Fehlertatbeständen kommt allenfalls die Verletzung der Begründungspflicht als Formfehler in Betracht, die jedoch in § 45 III 2 VwVfG als Verfahrenshandlung bezeichnet wird. Das VwVfG trennt demnach Form- und Verfahrensfehler nicht scharf.³⁾ Da zudem einer Abgrenzung wegen der gleichen Rechtsfolge keine praktische Bedeutung im Hinblick auf § 46 VwVfG zukommt, wird im folgenden auf eine solche verzichtet. Die Untersuchung beschränkt sich stattdessen auf eine kurze Skizzierung dessen, was die Fehleraufzählung in § 46 VwVfG an grundlegenden dogmatischen Fragen aufwirft.

I. Verfahrensfehler

Verfahrensfehler sind alle Verstöße gegen solche Vorschriften, die das Zustandekommen des Verwaltungsaktes betreffen.⁴⁾

Mit der Aufzählung von Fehlertatbeständen liefern die §§ 44, 45 VwVfG Hinweise auf den Kreis der durch § 46 VwVfG privilegierten formellen Fehler.⁵⁾

Zu den privilegierten Verfahrensfehlern im Sinne des § 46 VwVfG zählen beispielsweise das Fehlen des erforderlichen Antrages, die unterbliebene Beteiligung von Ausschüssen oder Behörden an der Entscheidungsfindung, die fehlende Anhörung, ungenügende Sachaufklärung, die Mitwirkung ausgeschlossener Amtsträger am

1) So Foerster, LVwG, 3. a) zu § 115; ders., SKV 1969, 183.

2) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 11; ebenso Foerster, LVwG, 3. a) zu § 115.

3) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 11; vgl. auch Jose, a. a. O., S. 6.

4) Jose, a. a. O., S. 7.

5) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 11; Foerster, LVwG, 3. a) zu § 115: für § 114 LVwG.

Erlaß von Hoheitsakten, die fehlerhafte Besetzung und Beschlußfassung von Kollegialorganen sowie fehlerhaft erteilte Amtshilfe, soweit diese Normverletzungen nicht bereits die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes herbeiführen.¹⁾

§ 46 VwVfG regelt jedoch nicht nur Verstöße gegen Verfahrensvorschriften des VwVfG. Er erfaßt sämtliche Verstöße gegen Verfahrensvorschriften anderer Gesetze²⁾ und wohl auch solcher Verfahrensrechtsinstitute, die nicht gesetzlich geregelt sind.³⁾

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß das VwVfG keine abschließende Normierung verfahrensrechtlicher Anforderungen gebracht hat.⁴⁾ Die Entwicklung weiterer und über das VwVfG hinausgehender Verfahrensrechtsinstitute durch Rechtsprechung und Literatur sollte durch das VwVfG nicht verhindert werden.

Was z. B. den Umfang behördlicher Fürsorgepflichten wie Auskunfts- und Beratungspflichten betrifft, so gehen die Vorstellungen von Rechtsprechung⁵⁾ und Literatur⁶⁾ schon heute teilweise erheblich über § 25 VwVfG hinaus. Zudem erweitern manche Autoren das Mitwirkungsverbot wegen Besorgnis

der Befangenheit (§ 21 VwVfG) um ein solches der Funktionenhäufung, weil das Unbefangenheitsprinzip "nicht nur die potentielle private Motivation, sondern auch die funktional bedingte Voreingenommenheit"⁷⁾ umfasse.

1) Vgl. hierzu Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 13.

2) Knack, VwVfG, § 46 Rdz. 3.1.

3) Vgl. Kopp, VwVfG, 2. zu § 46.

4) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 21, S. 49: die gesetzliche Regelung der behördlichen Beratungs- und Auskunftspflicht schließt die Annahme weitergehender Fürsorgepflichten nicht aus; ebenso Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 25 Rdn. 2, 7; Kopp, VwVfG, 3. zu § 25.

5) Vgl. die Nachweise bei Kopp, VwVfG, 1. zu § 25 und Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 25 Rdn. 2.

6) Von Münch, a. a. O., S. 38, der besonders auf den Zusammenhang zwischen behördlicher Fürsorgepflicht und Sozialstaatsgebot hinweist; vgl. auch Kopp, Verfassungsrecht, S. 40 f., 87 f.; Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 25 Rdn. 2.

7) So Prodromos Dagtoglou, Befangenheit und Funktionenhäufung in der Verwaltung, in: Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, München 1967, 65 (88 f.) (Hervorhebung im Text); ähnlich Ule/Becker, a. a. O., S. 31 f.; Ossenbühl, SKV 1966, 297 (299); Jose, a. a. O., S. 33; ablehnend dagegen Bericht, S. 186 f.

Ferner wird im Hinblick auf die Bearbeitungsreihenfolge von Anträgen, die sich auf denselben Lebenssachverhalt beziehen, teilweise die Geltung eines Grundsatzes der Priorität behauptet.¹⁾

II. Formfehler

Darunter fallen alle Verletzungen von Vorschriften, die das äußere Erscheinungsbild betreffen, in dem eine hoheitliche Maßnahme aus dem behördeninternen Raum nach außen tritt.²⁾

Dazu gehören z. B. die in § 37 VwVfG enthaltenen Regelungen, die Begründungspflicht, sowie einzelne Bekanntgabemodalitäten, aber auch Formalitäten, die ihre Rechtsgrundlage in anderen Gesetzen haben.

III. Verletzungen der örtlichen Zuständigkeit

1) Umstritten ist, ob § 46 VwVfG nur Verletzungen gesetzlich geregelter örtlicher Zuständigkeit erfaßt³⁾ oder ob er auch dann gilt, wenn die örtliche Zuständigkeit lediglich durch bloße Verwaltungsvorschrift begründet ist.⁴⁾

Es mag hier die Feststellung genügen, daß nach ganz h. M.⁵⁾ Zuständigkeitsregelungen nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegen, es folglich ausreicht, wenn Kompetenzen sich aus Verwaltungsvorschriften ergeben. Administrative Zuständigkeitsregelungen in Form von Verwaltungsvorschriften haben dieselbe Wirkung und Bedeutung wie förmliche Gesetze.⁶⁾

1) Badura, a. a. O., S. 251; Kopp, Verfassungsrecht, S. 174 f. iVm Anm. 486; Fritz Czermak, Besprechung von Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin-New York 1975, BayVBl. 1976, 191 f. (192); Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 22 Rdn. 6 (Ableitung aus dem Gleichheitsgrundsatz). Aus der Rechtsprechung: BVerwG, Urt. vom 28.6.1963, DÖV 1964, 54 ff. mit Anmerkung von Czermak, a. a. O., S. 56 f.; BayVGh, Urt. vom 14.2.1962, NJW 1962, 2219 (2220 f.); OVG Hamburg, Urt. vom 5.10.1962, DVBl. 1963, 153 (154).

2) Jose, a. a. O., S. 6.

3) So wohl Kopp, VwVfG, 5. a) zu § 44.

4) So von der Groeben/Knack, a. a. O., 2.3 zu § 115.

5) BVerfGE 8, 155 (168); BVerwG, Urt. vom 25.8.1971, DÖV 1972, 129 (130); Fritz Ossenbühl, Ministerialerlasse als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1969, 526 (528) mwN in Anm. 19.

6) So ausdrücklich Ossenbühl, Ministerialerlasse, S. 528. Vgl. auch § 25 I LVwG, in dem diese h. M. ihren Niederschlag gefunden hat.

Da diese Rechtslage dem Gesetzgeber des VwVfG bekannt war und er im Verlauf des parlamentarischen Verfahrens keine davon abweichende Intention erkennen ließ, ist anzunehmen, daß er diesen Rechtszustand aufrechterhalten wollte.

2) Aus der ausdrücklichen Erwähnung der örtlichen Zuständigkeit in § 46 VwVfG folgt, daß diese Vorschrift nicht auch für Verletzungen der sachlichen Zuständigkeit gilt.¹⁾ Die bislang h.L.²⁾ bewertete Verstöße gegen die sachliche Zuständigkeitsordnung durchwegs als erheblich. Es gibt keine Hinweise dafür, daß mit § 46 VwVfG dieser Rechtszustand eine Änderung erfahren sollte.³⁾

§ 9 Der Ausschluß des Aufhebungsanspruchs durch § 46 VwVfG

In der sprachlichen Gestaltung unterscheidet sich § 46 VwVfG in einem Punkt grundlegend von den vorangegangenen Gesetzes- und Entwurfsvorschriften. Während diese für Verwaltung und Gericht ein striktes Aufhebungsverbot formell fehlerhafter Verwaltungsakte ohne denkbare inhaltliche Auswirkung statuierten ("kann/darf nicht ... aufgehoben werden,..."), spricht § 46 VwVfG davon, daß eine Aufhebung " nicht... beansprucht werden" kann.⁴⁾

-
- 1) Kopp, VwVfG, 2. zu § 46; Stelkens/Bonk/Leonhardt, a.a.O., § 46 Rdn.6; im Ergebnis ebenso Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn.12, und Knack, VwVfG, § 46 Rdz.3.1.
 - 2) Forsthoff, a.a.O., S. 231 ff. ; Obermayer, Grundzüge, S. 117 f.; Ule, Verwaltungsreform, S. 75; vgl. ferner Reinhard Mußgnug, Das Recht auf den gesetzlichen Verwaltungsbeamten? Überlegungen zum inkompetenten Verwaltungshandeln, Göttingen 1970, S. 16 ff.
 - 3) So Kopp, VwVfG, 2. zu § 46.
 - 4) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 3 spricht von einer gegenüber dem Entwurf von 1970 "entschärften Fassung".

I. Negative Aussage des § 46 VwVfG

Ansatzpunkt des § 46 VwVfG ist der Anspruch des einzelnen auf Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, den diese Vorschrift für den Fall bloß formeller Fehlerhaftigkeit bei sachlich-rechtlicher Alternativlosigkeit ausschließt.¹⁾

Im Falle der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes und einer damit verbundenen Rechtsverletzung, unter den Voraussetzungen des § 113 I 1 VwGO also, steht dem Betroffenen ein Aufhebungsanspruch nach mehreren Richtungen zu: gegen die Behörde, die den Hoheitsakt erlassen hat, wie auch gegen das Verwaltungsgericht.²⁾ Dabei ist der (prozessuale) Aufhebungsanspruch gegen das Gericht die Folge des (materiellen) Aufhebungsanspruchs gegen die Behörde³⁾⁴⁾; beide Ansprüche sind einander spiegelbildlich zugeordnet.⁵⁾ Hinzu tritt noch ein Aufhebungsanspruch gegen die Widerspruchsbehörde.⁶⁾ Der prozessuale Aufhebungsanspruch wird durch Anfechtungsklage geltend gemacht und durch den richterlichen Gestaltungsakt der

1) Treffend Haueisen, DÖV 1973, 653 (655).

2) Karl August Bettermann, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II, S. 449 (454); Bachof, VerfR II, Nr. 236 (S. 221 f.) und Nr. 237 (S. 222). Wohl auch Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1974, FN 355.

3) So Bettermann, Klagebefugnis, S. 454; VGH Freiburg, Urt. vom 12.12.1956, DÖV 1957, 429.

4) Zum prozessualen Aufhebungsanspruch näher: Richard Naumann, Anmerkung zu OVG Lüneburg, Urt. vom 30.1.1952, DVBl. 1952, 693, DVBl. 1952, 695 (696), der besonders betont, daß dieser Anspruch Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist; ferner Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl. 1953, 163 ff.; LVG Düsseldorf, Beschluß vom 17.5.1956, ZBR 1956, 191; VGH Freiburg, a. a. O.

5) Bettermann, Klagebefugnis, S. 455; zum Zusammenhang beider Ansprüche vgl. auch BVerwGE 2, 31 (32).

6) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 7.

Aufhebung erfüllt, während der materielle Anspruch durch Rücknahme des Verwaltungsaktes seitens der Behörde befriedigt wird.¹⁾²⁾ Die Geltendmachung des gegen die Widerspruchsbehörde gerichteten Anspruchs auf Aufhebung erfolgt durch Einlegung des Widerspruchs; erfüllt wird er durch Aufhebung des fehlerhaften Verwaltungsaktes von Seiten der Widerspruchsbehörde.

Dieser Aufhebungsanspruch ist Gegenstand der Regelung des § 46 VwVfG. Er wird im Falle der formellen, inhaltlich alternativlosen Fehlerhaftigkeit ausgeschlossen.

Damit ist die negative Aussage des § 46 VwVfG umrissen.

Die positive Bedeutung dieser Norm für Verwaltung und Gericht wird im folgenden dargestellt.

II. Positive Aussage des § 46 VwVfG

1) Strittig ist, was § 46 VwVfG - über den Ausschluß des Aufhebungsanspruches hinaus - für die Verwaltungsbehörden bedeutet.

Die wohl h. M.³⁾ steht auf dem Standpunkt, die Behörde sei trotz Negierung des Anspruches in der Lage, den formell fehlerhaften Verwaltungsakt unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG aufzuheben. Begründet wird diese Auffassung mit dem Hinweis auf die Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs von 1973, die davon spricht, das Verbot der Aufhebung sei in eine "flexiblere Ermessensvorschrift" umgestaltet worden.⁴⁾

1) Bettermann, Klagebefugnis, S. 455.

2) Diese Erkenntnis bestätigt aus einem anderen Blickwinkel die Richtigkeit der Auffassung von "Aufhebung" als Oberbegriff für sämtliche Arten der "Verwaltungsaktbeseitigung".

3) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 7, § 48 Rdn. 6; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 46; ferner auch Götz, NJW 1976, 1425 (1429), der zwar ausdrücklich nur von gerichtlichem Ermessen spricht; aus dem Zusammenhang wird jedoch klar, daß er auch den Verwaltungsbehörden Ermessen einräumt, vgl. S. 1428: "Der wichtigste Adressat dieser Norm ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit."; ebenso Eichler, a. a. O., Erl. zu § 42.; vgl. ferner Stelkens/Bonk/Leonhardt, a.a.O., § 46 Rdn. 3; Knack, VwVfG, § 46 Rdz. 5.

4) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn 6; ähnlich Stelkens/Bonk/Leonhardt, a.a.O. § 46 Rdn 3.

Kopp¹⁾ hingegen ist der Auffassung, § 46 VwVfG schließe nicht nur den Aufhebungsanspruch, sondern auch die Befugnis der Behörde aus, den Verwaltungsakt zurückzunehmen. Gegen ein fortbestehendes behördliches Aufhebungsrecht spreche sowohl der Wortlaut des § 46 VwVfG, der nur negativ den Aufhebungsanspruch ausschließe, nicht aber positiv die Behörde zur Rücknahme ermächtige, wie auch der allgemeine Vorbehalt zugunsten inhaltsgleicher oder entgegenstehender Vorschriften in § 1 VwVfG.

Auf den Wortlaut des § 46 VwVfG läßt sich Kopps Ansicht wohl kaum stützen. Denn die Einräumung von Ermessen bedarf nicht unbedingt einer eindeutigen Kann-Bestimmung. Der Wortlaut allein ist hierfür nicht entscheidend.²⁾

Unklar bleibt, was Kopp mit dem Hinweis auf den Vorbehalt in § 1 VwVfG zum Ausdruck bringen will, denn inhaltsgleiche oder entgegenstehende Normen sind nicht ersichtlich.

Dagegen findet die h. L. eine Bestätigung in den Gesetzesmaterialien. Der Regierungsentwurf von 1973 begründet die Abweichung vom vorhergegangenen Entwurf damit, das bisherige Aufhebungsverbot solle in eine "flexiblere Ermessensvorschrift" umgestaltet werden.³⁾ Diese Vorschrift hindere die Behörde nicht daran, "einen sachlich richtigen Verwaltungsakt wegen unterlaufener Formfehler aus Gründen der Zweckmäßigkeit im Einzelfalle aufzuheben".⁴⁾

1) Kopp, VwVfG, 1. zu § 46.

2) So Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 1974, § 114 Rdn. 9 b.

3) BT-Drucks. 7/910, Allg. Begr., S. 30; ebenso Haueisen, DÖV 1973, 653 (655).

4) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66.

Aus diesen Erwägungen heraus erweist sich die h. L. als zutreffend.

2) Trotz Ausschluß des Aufhebungsanspruchs behält ferner auch die Widerspruchsbehörde die Möglichkeit, den angegriffenen formell fehlerhaften Verwaltungsakt im Falle inhaltlicher Alternativlosigkeit aufzuheben, und zwar aus Gründen der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit (vgl. § 68 I 1 VwGO).¹⁾

Die Ursache hierfür liegt in der grundsätzlich freieren Stellung der Widerspruchsbehörde im Vergleich zu derjenigen der Gerichte im Prozeß. Sie entscheidet nicht über einen erhobenen Anspruch, sondern prüft den Verwaltungsakt aufgrund des Widerspruchs erneut unter allen Aspekten.²⁾ Anders ausgedrückt: Die Widerspruchsbehörde hat im Regelfall dieselbe umfassende Entscheidungsbefugnis in der Sache wie die Ausgangsbehörde; sie kann ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Behörde setzen³⁾, weil das Verwaltungsverfahren seinen eigentlichen Abschluß erst in Gestalt des Widerspruchsbescheides findet.⁴⁾

Daß § 46 VwVfG an dieser Rechtsstellung der Widerspruchsbehörde etwas ändern wollte, ist weder im Gesetzgebungsverfahren noch sonstwie erkennbar geworden. Zwar spricht der Entwurf davon, die Behörde solle nicht daran gehindert werden, einen Verwaltungsakt, der an formellen Fehlern leidet, aus Gründen der Zweckmäßigkeit aufzuheben.⁵⁾ Diese Formulierung bezieht sich jedoch nicht speziell auf die Aufhebungsbefugnis der Widerspruchsbehörde und besitzt daher insoweit keinen Erkenntniswert.

1) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 7; Kopp, VwVfG, 3. zu § 46.

2) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 7.

3) Kopp, VwVfG, 3. zu § 46. Vgl. ferner Hasso Hofmann, VerwArch. Bd. 58 (1967), 63, 135 (139).

4) Zur Einheit von Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren vgl. ausführlich § 15 III.

5) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66.

3) Umstritten ist weiter, ob § 46 VwVfG - über den Ausschluß des prozessualen Aufhebungsanspruchs aus § 113 I 1 VwGO hinaus - auch den Gerichten die Möglichkeit eröffnet, einen lediglich formell fehlerhaften Verwaltungsakt aufzuheben.

Götz¹⁾ und ihm folgend Eichler²⁾ nehmen ein derartiges gerichtliches Aufhebungsrecht an. Das VwVfG enthalte kein "strikties Verbot der Aufhebung wegen Verfahrensfehlern" mehr, sondern verleihe dem Kläger lediglich den Anspruch auf Aufhebung, stelle diese aber damit in das Ermessen des Gerichts. Götz spricht in diesem Zusammenhang von einem "neuartige(n) richterliche(n) Ermessen", das "erst noch wissenschaftlich und praktisch aufgearbeitet werden" müsse.³⁾

Er begründet seine Ansicht mit einem Hinweis auf die Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs von 1973, derzufolge das bisherige Aufhebungsverbot in eine "flexiblere Ermessensvorschrift"⁴⁾ umgestaltet werden sollte.⁵⁾

Die Gegenmeinung⁶⁾ sieht in § 46 VwVfG eine Norm, die den Verwaltungsgerichten kein Aufhebungsermessen eröffnet, sondern eine Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte bei sachlich-rechtlicher Alternativlosigkeit verbietet.

Zur Begründung wird einmal auf den Regierungsentwurf von 1973 verwiesen. Die Umgestaltung in eine "flexiblere Ermessensvorschrift" stelle nur auf behördliches Ermessen im Sinne des § 48 VwVfG ab. Mangel eines entsprechenden Anspruchs des Klägers könnten die Verwaltungsgerichte einen von § 46 VwVfG erfaßten Verwaltungsakt nicht aufheben.⁷⁾

1) NJW 1976, 1425 (1429).

2) A. a. O., Erl. zu § 42.

3) NJW 1976, 1425 (1429).

4) BT-Drucks. 7/910, Allg. Begr., S. 30.

5) NJW 1976, 1425 (1429 Anm. 31).

6) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 6; Tschira/Schmitt Gläeser, VwVfG, Erl. zu § 46; Kopp, VwVfG, 1. zu § 46.; Stelkens/Bonk/Leonhardt, a.a.O., § 46 Rdn. 3; offengelassen von Knack, VwVfG, § 46 Rdz. 5.

7) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 6.

Weiter wird darauf hingewiesen, daß gerichtliches Ermessen sowohl dem bisherigen Recht wie auch der Funktionsverteilung zwischen Behörden und Gerichten widerspräche. In Anbetracht dessen hätte eine auf gerichtliche Ermessensbegründung gerichtete Absicht des Gesetzgebers zumindest im Wortlaut oder im Gesetzgebungsverfahren Ausdruck finden müssen.¹⁾

Versucht man mit dem Instrumentarium der Methodenlehre eine Lösung dieser Streitfrage, so ergibt sich folgendes.

Der Wortlaut als Ausgangspunkt jeder Auslegungsarbeit²⁾ stützt auf den ersten Blick die Ansicht von Götz und Eichler, denn er unterscheidet nicht zwischen den Normadressaten Gericht und Behörde.

Die historische Auslegungsmethode³⁾, in deren Mittelpunkt die Beschäftigung mit den Gesetzesmaterialien steht⁴⁾, liefert Argumente gegen die von Götz vertretene Lehre vom gerichtlichen Ermessen. Dessen Schlußfolgerung aus den Gesetzesmaterialien erweist sich als kaum tragfähig. Denn an der von ihm in Bezug genommenen Stelle der Allgemeinen Begründung des Regierungsentwurfs von 1973 wird die neuartige Tendenz des § 42 nur schlagwortartig umschrieben. Präzisiert wird sie erst im Rahmen der Einzelbegründung zu § 42. Und an dieser Stelle ist nur davon die Rede, die Behörde solle weiterhin befugt sein, einen bloß formell fehlerhaften Verwaltungsakt aus Zweckmäßigkeitsgründen im Einzelfall aufzuheben.⁵⁾ Von einer entsprechenden Befugnis der Verwaltungsgerichte ist nicht die Rede.⁶⁾

1) Kopp, VwVfG, 1. zu § 46.

2) Larenz, a. a. O., S. 307 f., 332; Buermeyer, a. a. O., S. 10 f.

3) Zur historischen Interpretationsmethode im allg. Larenz, a. a. O., S. 315 ff., 334; Buermeyer, a. a. O., S. 80.

4) Larenz, a. a. O., S. 319.

5) S. 66.

6) Im Ergebnis ebenso Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 46; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 6.

Weitere Erkenntnisse liefert die systematische Interpretation, die auf eine Einpassung der einzelnen Norm in das Gefüge der Gesamtrechtsordnung derart abzielt, daß insgesamt eine harmonische und sinnvolle Regelung entsteht.¹⁾

Der VwGO ist richterliches Ermessen fremd. Einzige praktische bedeutsame Ausnahme ist die Rechtsschutzregelung des Flurbereinigungsgesetzes²⁾. §§ 144 1. Alt. und 146 Nr. 2 Flurbereinigungsgesetz³⁾ ermächtigen die Flurbereinigungsgerichte in gleichem Umfang wie die Flurbereinigungsbehörden, Ermessensentscheidungen zu treffen, genauer: ihr Ermessen an die Stelle des behördlichen zu setzen.⁴⁾ Diese Rechtsgestaltungsbefugnis der Flurbereinigungsgerichte hat ihre alleinige Ursache in den Besonderheiten und prozeßökonomischen Bedürfnissen des betreffenden Sachgebietes.⁵⁾ Sie ist bis heute umstritten geblieben.⁶⁾

Der VwGO liegt im Prinzip eine auf bloße Kontrolle behördlicher Entscheidungen gerichtete Konzeption zugrunde⁷⁾, die ihren sicht-

1) Larenz, a. a. O., S. 311 ff., insb. S. 315.

2) In der Fassung der Bekanntmachung vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 546).

3) § 144: "Soweit das Flurbereinigungsgericht die Klage für begründet hält, kann es den angefochtenen Verwaltungsakt durch Urteil ändern..."

§ 146: "In den Fällen der §§ 32 und 59 Abs. 2 gelten folgende Sondervorschriften:

2. Das Flurbereinigungsgericht hat auch zu prüfen, ob die Flurbereinigungsbehörde oder die obere Flurbereinigungsbehörde in zweckmäßiger Weise von ihrem Ermessen Gebrauch gemacht hat."

4) Vgl. hierzu Heinz Jürgen Stiebens, Übernahme der Sondervorschriften der Flurbereinigungsgerichtsbarkeit in ein kommendes gemeinsames Prozeßrecht der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten, DVBl. 1971, 98 - 103 (101).

5) So Stiebens, a. a. O.; ferner auch BVerwGE 2, 195 (196 f.).

6) Kritisch vor allem Redeker, DVBl. 1971, 369 (372); vgl. auch Stiebens, a. a. O., S. 101 mwN.

7) Ule, Verwaltungsreform, S. 75: die Verwaltungsgerichte sind "nach dem Rechtsschutzsystem der VwGO" nicht zu Ermessensentscheidungen berufen; Redeker, DVBl. 1971, 369 (371 f.): "Richterliche Tätigkeit ist Überprüfung. Woher soll der überprüfende Richter die Maßstäbe nehmen, um festzustellen, ob die Verwaltung die zweckmäßigste Entscheidung getroffen hat."

barsten Ausdruck in § 113 IV VwGO in Verbindung mit den hierzu vorliegenden Stellungnahmen von Rechtsprechung und Rechtslehre findet. Die Grenze der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtung zur Herbeiführung der Spruchreife ist demnach dort erreicht, wo das Gericht selbst Ermessenserwägungen anzustellen und damit funktionell und materiell Verwaltungstätigkeit auszuüben hätte.¹⁾ Götz ist die Abweichung seiner Auffassung von der Grundkonzeption der VwGO auch durchaus bewußt, wenn er von einem "neuartige(n) richterliche(n) Ermessen" spricht, das "erst noch wissenschaftlich und praktisch aufgearbeitet werden" müsse.²⁾

Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit § 46 VwVfG einen derartigen systemwidrigen Eingriff in die Rechtsschutzkonzeption der VwGO vornehmen wollte, ohne dies weder in der Gesetzesbegründung noch im Verlauf des sich anschließenden parlamentarischen Verfahrens hinreichend deutlich zum Ausdruck zu bringen.³⁾

Die Erkenntnisse, welche die maßgebliche⁴⁾ teleologische Interpretationsmethode liefert, sprechen ebenfalls gegen die Götzsche These vom richterlichen Ermessen.

Unter den Kriterien dieser Auslegungsmethode kommt dem "Prinzip der Gleichbehandlung des (gemäß den allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung) Gleichartigen" überragende Bedeutung zu mit der Folge, daß jede Norminterpretation Wertungswidersprüche zu vermeiden bestrebt sein muß.⁵⁾

1) Oskar Tschira/Walter Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Auflage, Stuttgart-München-Hannover 1975, S. 155 f. mwN; Eyermann/Fröhler, a. a. O., § 113 Rdn. 62 a, b, ebenfalls mwN; Wanner, a. a. O., S. 72 f.

2) NJW 1976, 1425 (1429).

3) Die bereits wiedergegebenen Stellen der Begründung sind die einzigen, die sich mit der Ermessensproblematik des § 42 Reg. Entw. 1973 beschäftigen. - Im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens spielte § 42 - abgesehen von der Kontroverse um die 2. Alternative - keine Rolle mehr.

4) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 322.

5) So Larenz, a. a. O., S. 323 f.

Der Lehre vom richterlichen Ermessen in der von Götz vertretenen Form ist jedoch ein derartiger Wertungswiderspruch immanent. Wie oben dargelegt (§ 6 II.), wurde in § 42 Regierungsentwurf 1973 diejenige Alternative gestrichen, die eine Aufhebung des formell fehlerhaften Verwaltungsaktes auch dann ausschloß, wenn "anzunehmen ist, daß die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflußt hat". Damit enthub der Gesetzgeber die Verwaltungsgerichte der Verpflichtung, die behördliche Ermessensentscheidung daraufhin zu überprüfen, wie die Behörde bei Beachtung des formellen Rechts entschieden hätte. Die Verwaltungsgerichte werden also davon freigestellt, selbst eine Ermessensentscheidung zu treffen, denn um eine solche handelt es sich, wenn die Gerichte darüber zu urteilen haben, zu welcher Entscheidung die Behörde bei Durchführung eines korrekten Verfahrens vermutlich gekommen wäre.¹⁾

Der Ansicht von Götz zufolge hätte derselbe Gesetzgeber, der insoweit gerichtliches Ermessen ausschloß, mit § 46 VwVfG auf der anderen Seite ein (bislang unbekanntes) Ermessen der Gerichte in der Frage der Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte bei inhaltlicher Alternativlosigkeit begründet.

Die Frage, ob § 46 VwVfG gerichtliches Ermessen begründet, ist darüber hinaus noch unter verfassungsrechtlichen Aspekten zu sehen.

Eine Verpflichtung der Verwaltungsgerichte zur Ermessensausübung bedeutet einen Zwang zur Ausübung materieller Verwaltungstätigkeit. "Wären die Gerichte befugt, im Rahmen ihrer Kontrolle der Exekutive nicht nur nachvollziehend, sondern originär Überlegungen anzustellen, die in dem von ihnen zu überprüfenden Handeln oder Verhalten der Verwaltung noch keinen Ausdruck gefunden haben, so würden sie nicht mehr die Verwaltung kontrollieren, sondern, ..., selbst verwaltend tätig werden, obwohl ihnen die dafür erforderliche Ausstattung und Erfahrung fehlen."²⁾

1) So ausdrücklich Wanner, a. a. O., S. 72 f., und Ule, Verwaltungsreform, S. 75.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 237.

Damit berührt die Annahme richterlichen Ermessens den Schutzbereich des Gewaltenteilungsprinzips (Art. 20 II GG).¹⁾

In Zusammenhang damit steht die Erwägung, daß der Bürger insofern, als die Gerichte nach Art von Verwaltungsbehörden Ermessen ausüben, des Rechtsschutzes verlustig geht, der ihm sowohl nach dem Gewaltenteilungsprinzip wie nach Art. 19 IV GG zusteht. Denn im Falle gerichtlicher Ermessenstätigkeit gibt es keine Gewalt mehr, an die er sich mit dem Ziel, Rechtsschutz zu erlangen, wenden kann.²⁾

Ferner fehlte es richterlicher Verwaltungsausübung an jeglicher Legitimation. Während sich die Verwaltung gegenüber dem Parlament zu verantworten hat, das seinerseits vom Volk eingesetzt ist und von daher seine Legitimation bezieht, ist der Richter nur Gesetz und Recht verantwortlich, die jedoch auf die Frage nach der Zweckmäßigkeit, die sich im Falle jeder Verwaltungsausübung stellt, schweigen.³⁾

Ob die Götzsche Deutung des § 46 VwVfG Gewaltenteilungsprinzip und Art. 19 IV GG verletzt, ist gleichwohl fraglich. Götz selbst meint, gegen § 46 VwVfG in seiner Auslegung bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken.⁴⁾ Dafür könnte sprechen, daß nicht jede Gewaltenüberschneidung und - vermengung bereits Verfassungswidrigkeit begründet, daß insbesondere bloß geringfügige Übergriffe in qualitativer und quantitativer Hinsicht von der Verfassung toleriert werden.⁵⁾

Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es hier jedoch nicht. Es genügt die Feststellung, daß eine Deutung des § 46 VwVfG, die gerichtliches Ermessen verneint, sowohl dem Gewaltenteilungsprinzip wie auch Art. 19 IV GG eher gerecht wird als die von Götz und Eichler verfochtene Ansicht.

1) Tschira/Schmitt Glaeser, VwGO, S.156; Eyermann/Fröhler, a.a.O., § 113 Rdn. 62 a.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S.237.

3) Redeker, DVBl. 1971, 369 (372).

4) NJW 1976, 1425 (1429); Götz prüft jedoch § 46 VwVfG ausschließlich am Maßstab des Art. 19 IV GG (vgl. a.a.O., S. 1428).

5) Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog, Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 1974, Art. 20 Rdn. 80, 81.

Sprechen diese methodischen und verfassungsrechtlichen Erwägungen dafür, in § 46 VwVfG keine Norm zu sehen, die gerichtliches Ermessen begründet, so scheint dem der Wortlaut dieser Vorschrift entgegenzustehen, der zwischen den verschiedenen Normadressaten nicht differenziert. Aber selbst wenn man meint, der Wortlaut sei klar und eindeutig und hindere damit jede weitere Auslegungsarbeit¹⁾, so steht er dennoch der gefundenen Lösung nicht entgegen. Denn wie die im Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Intentionen des Gesetzgebers zeigen und wie sich aus dem Postulat der Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung ergibt, ist dem Gesetzgeber der Wortlaut des § 46 VwVfG zu weit geraten. Unter dieser Voraussetzung aber ist Raum für eine sog. teleologische Reduktion²⁾, mit deren Hilfe sich der klare und eindeutige Gesetzeswortlaut überwinden läßt und seine grundsätzliche methodische Relevanz als Barriere jeder darüber hinausgehenden Interpretation verliert.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten:

§ 46 VwVfG schließt im Falle formeller Fehlerhaftigkeit bei inhaltlicher Alternativlosigkeit den Rechtsanspruch des einzelnen auf Aufhebung des betroffenen Verwaltungsaktes aus.

Die Aufhebung wird insoweit in das Ermessen der Behörde gestellt. Für die Verwaltungsgerichte bleibt es beim ausnahmslosen Verbot der Aufhebung solcher Verwaltungsakte.

1) Larenz, a. a. O., S. 332 f.

2) Vgl. hierzu grundlegend Larenz, a. a. O., S. 377 ff.

Abschließend soll noch kurz auf die Bedeutung der Formulierung "... kann nicht allein deshalb beansprucht werden, ..." in § 46 VwVfG eingegangen werden.

Diese Formulierung besagt zunächst einmal, daß formelle Mängel für sich allein im Falle der sachlichen Alternativlosigkeit keinen Aufhebungsgrund darstellen. Im Zusammenwirken mit anderen Fehlern können sie jedoch die Aufhebung begründen.¹⁾ Ist z. B. eine örtlich unzuständige Behörde zugleich sachlich unzuständig oder hat sie in der Sache unrichtig entschieden, so steht § 46 VwVfG einer Aufhebung nicht entgegen.

Die Möglichkeit der Aufhebung bei Fehlerkombinationen besteht ferner auch dann, wenn der hinzukommende Fehler für sich allein einen Aufhebungsanspruch nicht begründet. Er darf nur nicht seinerseits § 46 VwVfG unterfallen.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Ein Nachbar, der sich durch eine dispensierende Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt glaubt, ist im Erteilungsverfahren trotz Zuziehung (§ 13 I Nr. 4 VwVfG) unter Verletzung des § 28 VwVfG nicht angehört worden. Stellt sich nun heraus, daß die Baugenehmigung zwar materielles Recht verletzt, aber keine Rechte des Nachbarn, kann dieser trotzdem die Aufhebung der Baugenehmigung verlangen, weil zu dem (formellen) Verstoß gegen die Anhörungspflicht noch ein weiterer - nicht von § 46 VwVfG erfaßter - Mangel hinzugetreten ist.²⁾

1) Foerster, LVwG, 3. zu § 115.

2) Vgl. zum Ganzen Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 8.

§ 10 Rechtsdogmatische Einordnung des § 46 VwVfG in die Begriffs-
systematik des § 113 I 1 VwGO

Wie in § 9 dargelegt, schließt § 46 VwVfG den Aufhebungsanspruch in seiner prozessualen und materiellen Ausprägung aus. Er steht demnach in Zusammenhang mit den Grundsatzregelungen der §§ 48 VwVfG und 113 I 1 VwGO.

Dabei ist die Verknüpfung von § 46 VwVfG und § 48 VwVfG klar. Jene Bestimmung schließt wie diese den Anspruch auf Rücknahme aus und stellt dieselbe für den Fall formeller Fehlerhaftigkeit ohne potentielle inhaltliche Auswirkungen in das Ermessen der Behörde.

Zweifelhaft ist hingegen das Verhältnis von § 46 VwVfG zu § 113 I 1 VwGO. Fest steht nur, daß diese Vorschrift durch § 46 VwVfG relativiert wird.¹⁾

Tatbestandsmerkmale des prozessualen Aufhebungsanspruchs²⁾ sind Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und Rechtsverletzung. Unter diesen - in § 113 I 1 VwGO - genannten Voraussetzungen steht dem betroffenen einzelnen ein Anspruch auf Aufhebung zu, aus der Sicht des Gerichts formuliert ist der Rechtsfehler beachtlich.

Wenn nun § 46 VwVfG den Aufhebungsanspruch aberkennt, so muß er entweder eines der beiden Tatbestandselemente des § 113 I 1 VwGO für den Falle inhaltlich alternativloser formeller Fehlerhaftigkeit ausschließen oder aber bei Aufrechterhaltung von Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung lediglich die Rechtsfolge der Aufhebbarkeit negieren, aus gerichtlicher Sicht: die Unbeachtlichkeit des formellen Fehlers statuieren.³⁾

1) Vgl. oben S. 67.

2) Zur Unterscheidung von Rechtstatbestand und Rechtsfolgen bei § 113 I 1 VwGO vgl. Wanner, a. a. O., S. 19 f.

3) Nicht zwingend sind die folgenden Ausführungen Meyers (VwVfG, § 46 Rdn. 10): "Ein Anspruch auf Aufhebung war auch nach bisherigem Recht immer nur gegeben, wenn der VA wenigstens rechtswidrig war (so z. B. § 113 I 1 VwGO). Indem die Vorschrift (sc. § 46 VwVfG) den Anspruch bei bestimmten Fehlern ausdrücklich ausschließt, anerkennt sie, daß diese Fehler den VA, und zwar auch im Sinne des § 113 I 1 VwGO, rechtswidrig machen." (Hervorhebung im Text). Denkbar ist auch, daß § 46 VwVfG diesen Rechtsverstoßen die Rechtswidrigkeit (und damit als weitere Folge auch die Beachtlichkeit) nehmen will.

Der dogmatische Ansatzpunkt des § 46 VwVfG ist Gegenstand der folgenden Darstellung.

Die Verwertung der bisher vorliegenden Stellungnahmen zu diesem Problem wird erheblich erschwert durch die uneinheitliche Terminologie in Literatur und Rechtsprechung.

Während die wohl h. L. Fehlerhaftigkeit und Rechtswidrigkeit gleichsetzt und darunter - ohne jegliche Wertung - sämtliche Verstöße gegen Rechtsvorschriften materieller wie auch formeller Natur versteht¹⁾, findet sich häufig ein abweichender Sprachgebrauch. So wird teilweise zwischen Fehlerhaftigkeit und Rechtswidrigkeit unterschieden, wobei jeder Rechtsverstoß Fehlerhaftigkeit begründen, aber nur die materiell-rechtlich relevante Fehlerhaftigkeit Rechtswidrigkeit auslösen soll.²⁾ Eine Reihe von Autoren setzt Rechtswidrigkeit und Aufhebbarkeit gleich, ordnet also jene auf der Rechtsfolgenseite des § 113 I 1 VwGO ein.³⁾ Vereinzelt wird zwischen Rechtswidrigkeit im Sinne des § 113 I 1 VwGO und derjenigen im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs differenziert, indem aus der ersten die formelle Fehlerhaftigkeit ausgenommen bleibt.⁴⁾ Zuweilen fungiert Rechtswidrigkeit auch als Zwischenbegriff von Fehlerhaftigkeit und Aufhebbarkeit.⁵⁾

Diese terminologischen Besonderheiten begegnen insoweit Bedenken, als der Sprachgebrauch in § 113 I 1 VwGO vorgegeben ist. Den Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung ist die Rechtsfolge der Aufhebbarkeit zugeordnet. Für eine hiervon abweichende Begriffsbildung bietet diese Vorschrift keinen Raum.

1) Obermayer, Grundzüge, S. 115; Bachof, VerfR II, Nr. 346 (S. 328); Püttner, a. a. O., S. 102 ff.; Kimminich, JuS 1965, 249 (251); Kopp, VwVfG, 2. zu § 10, 7. d) zu § 44; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 43, Rdn. 7, 8; Foerster, LVwG, 2., 2. c) vor § 112 und 6. zu § 108.

2) Vgl. z. B. BVerwGE 1, 67 (69).

3) Tschira/Schmitt Glaeser, Erl. zu § 44 Abs. 4; BVerwGE 27, 295 (301); vgl. auch Jose, a. a. O., S. 35, der selbst jedoch dieser Terminologie nicht folgt (vgl. S. 131 ff.).

4) Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (94 f.).

5) Von der Groeben/Knack, a. a. O., 3.1 vor § 112; Knack, VwVfG Vor § 43 Rdz. 5.1 ff.

Die folgende Untersuchung bedient sich deshalb der von § 113 I 1 VwGO vorgegebenen Ausdrucksweise.

I. Aktueller Meinungsstand

1) Nach Ansicht von Wolff-Bachof¹⁾ und Rainer Pietzner²⁾ machen die in § 46 VwVfG geregelten Verletzungen formellen Rechts im Falle sachlich-rechtlicher Alternativlosigkeit den betroffenen Verwaltungsakt nur "unrichtig", weshalb diese Meinungsrichtung im folgenden als "Unrichtigkeitslehre" bezeichnet wird. Da Unrichtigkeit keine Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit im Sinne des § 113 I 1 VwGO begründet³⁾, sondern eine eigene Kategorie von Mängeln bezeichnet, die nicht zur Aufhebung, sondern nur zur Berichtigung des Verwaltungsaktes führen⁴⁾, bewegt sich § 46 VwVfG dieser Ansicht nach noch nicht im Begriffsbereich des § 113 I 1 VwGO. Er erweist sich vielmehr als Norm, die im rechtsdogmatischen Vorfeld dieser Bestimmung angesiedelt ist, und zwar auf der begrifflichen Ebene des § 42 VwVfG⁵⁾, der die Grundsatzregelung der Unrichtigkeit bzw. Berichtigung enthält.

-
- 1) Wolff-Bachof I, § 51 IV. e) 1. (S. 434) und § 51 VII. a) 7. (S. 440).
 - 2) Wirksamkeit und Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten, JA 1975, 249 = ÖR 65 (251, 253 = ÖR 67, 69).
 - 3) Die h. M. setzt beide Begriffe gleich. Vgl. die Nachweise auf S. 87 Anm. 1.
 - 4) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 42 Rdn. 1; Kopp, VwVfG, 5. zu § 48; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu §§ 45, 46; Foerster, LVwG, 2. d) vor § 112; Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens, Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Hrsg.: Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens), Berlin-New York 1975, S. 115 (169); Forsthoff, a. a. O., S. 223; Werner Weber, Der fehlerhafte Verwaltungsakt als Gegenstand der Gesetzgebung, AöR Bd. 34 (1944), 60 (84); Dürig, ZPF 1964, 616 (620); ferner Bericht, S. 212; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 32, S. 149; BVerwGE 40, 212 (216 f.).
 - 5) Wolff-Bachof I, § 51 IV. e) 1. (S. 434); Pietzner, a. a. O., S. 253 (ÖR 69).

2) Eine zweite Gruppe von Autoren sieht in § 46 VwVfG eine Regelung, die am Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit des § 113 I 1 VwGO ansetzt.¹⁾ Nach dieser Lehre begründen nur möglicherweise entscheidungserhebliche formelle Fehler die Rechtswidrigkeit des betroffenen Verwaltungsaktes; im Falle inhaltlicher Alternativlosigkeit hingegen soll der formelle Rechtsverstoß keine Rechtswidrigkeit auslösen und schon allein deswegen gerichtlicher Aufhebung entzogen sein. Im Anschluß an Fritz Hau-eisen²⁾ wird diese Theorie im folgenden als "Lehre von der (bloß) formellen Rechtswidrigkeit" bezeichnet.

Für die Vertreter dieser Meinungsrichtung - Badura und Götz - ist Rechtswidrigkeit kein bloßer Sammelbegriff für alle Arten von Rechtsverstößen, seien diese materieller oder auch nur formeller Natur. Sie tragen vielmehr in den Rechtswidrigkeitsbegriff eine Wertung, indem sie Verfahrensmängel bei sachlicher Alternativlosigkeit vom Verdikt der Rechtswidrigkeit ausnehmen.

3) a) Denkbar ist auch, in den Fällen mangelnder Entscheidungserheblichkeit eine Rechtsverletzung des Verwaltungsakt-Adressaten im Sinne des § 113 I 1 VwGO zu verneinen. Insbesondere im Musterentwurf finden sich Andeutungen, die in diese Richtung zielen.³⁾ Da aber § 36 EVwVerfG 1963 strukturell § 46 VwVfG entspricht, kann diese Meinungsrichtung auch für dessen Interpretation fruchtbar gemacht werden.⁴⁾

1) Badura, a. a. O., S. 278 ff.; Götz, NJW 1976, 1425 (1428); ähnlich auch Kopp, VwVfG, 2. zu § 45, wenn er ausführt, der Verfahrensfehler begründe "vorbehaltlich der §§ 46 und 47 an sich die Rechtswidrigkeit des davon betroffenen VA"; anders jedoch ders., VwVfG, 7. a) zu § 44, 2. zu § 46, 5. zu § 48.

2) DVBl. 1966, 773 (776 Anm. 23).
Dagegen spricht Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 43 Rdn. 8 von formeller Rechtswidrigkeit im Sinne der Gesamtheit aller Rechtsverstöße, die sich auf die Art des Zustandekommens, das Verfahren und die Form des Verwaltungsaktes beziehen.

3) Einzelbegr. zu § 36, S. 162: "Denn es geht nur darum, daß der sachlich richtig beschiedene Bürger durch das fehlerhafte Verfahren nicht in "seinen Rechten verletzt" wird (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)."

4) So Stelkens/Bonk/Leonhardt, a.a.O., § 46 Rdn. 2 (anders allerdings § 45 Rdn. 3!).

b) Eine Unterart der "Rechtsverletzungstheorie" verneint im Falle entscheidungsirrelevanter formeller Fehlerhaftigkeit bereits die Klagebefugnis bzw. das Rechtsschutzbedürfnis einer allein auf derartige Normverstöße gestützten Klage¹⁾, weist eine solche also durch Prozeßurteil als unzulässig ab. Zur Begründung wird vorgebracht, dem Kläger fehle es am Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung eines Verwaltungsaktes, wenn im Aufhebungsfalle ein neuer Verwaltungsakt mit demselben Inhalt an seine Stelle träte.²⁾

Die skizzierte Meinungsrichtung erklärt lediglich die prozessuale Wirkungsweise des § 46 VwVfG, obwohl diese Bestimmung, wie in § 8 dargelegt, weit über das Prozeßrecht hinaus Anwendung findet. Sie erfaßt demnach nur einen Teilaspekt der dogmatischen Probleme, vor die § 46 VwVfG stellt.

4) Die wohl h. M. sieht in § 46 VwVfG eine Regelung, die dem formellen Fehler trotz inhaltlicher Irrelevanz weder den objektiven noch den subjektiven Charakter der Rechtswidrigkeit nimmt. Dogmatischer Ansatzpunkt ist dieser Ansicht zufolge vielmehr die Rechtsfolgenseite des § 113 I 1 VwGO. Diese sei,

1) So Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630) und ders., Anmerkung zu VG Bremen, Urt. vom 16.11.1962, DVBl. 1963, 260 ff., DVBl. 1963, 262 (263). Auch Wanner, a. a. O., S. 14, interpretiert Groschupfs Äußerungen in diese Richtung. Zu § 46 VwVfG bzw. § 42 Reg.Entw. 1973 oder auch § 36 EVwVerfG 1963 ist diese Ansicht, soweit ersichtlich, noch nicht vertreten worden. Groschupfs Darlegungen lassen sich aber ohne weiteres auch auf § 46 VwVfG beziehen, da diese Vorschrift dieselbe Fehlerkategorie regelt wie diejenige, von der Groschupf spricht.

2) Vgl. Lerche, NJW 1953, 1897 (1898): "...der Kläger wird ... kein anzuerkennendes Interesse an der Aufhebung eines VA haben, wenn im Aufhebungsfalle ein neuer VA mit genau dem gleichen Befehlseinhalt in Erscheinung träte." Ebenso VGH Bebenhausen, Urt. vom 30.5.1956, VerwRSpr. Bd. 9, 663 (665 f.).

so wird dargelegt, durch § 46 VwVfG um die Fehlerfolge der "Unbeachtlichkeit" erweitert worden, die bei Vorliegen formeller Rechtsverletzungen ohne denkbare inhaltliche Auswirkungen neben die herkömmlichen Rechtsfolgen der Aufhebbarkeit und Nichtigkeit trete.¹⁾

II. Eigener Lösungsversuch

Bei näherer Betrachtung der zu § 46 VwVfG vertretenen Lehrmeinungen fällt auf, daß sich diese im wesentlichen in der Darstellung des jeweiligen Ergebnisses erschöpfen, ohne zufriedenstellende Begründungen zu bieten.²⁾

Diesem Mangel abzuhelpen, ist Ziel der folgenden Ausführungen. Mit dem herkömmlichen Instrumentarium der Methodenlehre³⁾ wird versucht, § 46 VwVfG in die Begriffssystematik des § 113 I 1 VwGO zu integrieren.

1) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 1, 2, 5, 7, 10, ebenso § 39 Rdn. 29, 30 (für den Begründungszwang); Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 28 Rdn. 6 (für die Verletzung der Anhörungspflicht); Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 44 und §§ 45, 46, auf der Grundlage einer Terminologie, die Rechtswidrigkeit und Aufhebbarkeit gleichsetzt (vgl. Erl. zu § 44 Abs. 4); Maurer, JuS 1976, 485 (491): "Der Überblick zeigt, daß die Fehlerfolgen sich nicht auf die Alternative Aufhebbarkeit - Nichtigkeit beschränken, sondern differenzierter ausgestaltet sind"; vgl. auch S. 495; Erichsen/Martens, a. a. O., S. 170 f. (Die Verweisung auf die Ausführungen von Badura auf S. 170 Anm. 23 geht jedoch fehl, da Badura - wie oben dargelegt - Anhänger der Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit ist.); wohl auch Kopp, VwVfG, 7. a) zu § 44, 2. zu § 46 und 5. zu § 48 (anders aber 2. zu § 45!). Ferner BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 40 bis 42, S. 63 = BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu §§ 34 bis 36, S. 50.

2) Eine Ausnahme macht - soweit ersichtlich - nur Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 10. Vgl. S. 86 Anm. 3.

3) Vgl. hierzu ausführlich Larenz, a. a. O., S. 307 ff.

1) Ausgangspunkt jeder Auslegungsarbeit ist der Gesetzeswortlaut (sprachliche Auslegung)¹⁾, und zwar unter dem Aspekt des allgemeinen wie auch des juristisch-terminologischen Sprachgebrauchs.²⁾ In beiderlei Hinsicht ist § 46 VwVfG nicht allzu ergiebig. Die Verwendung des Wortes "Anspruch" in der Umgangssprache weist keinerlei Bezug zu den in § 113 I 1 VwGO gebrauchten Begriffen auf.

Die Gesetzesformulierung "Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, ..., kann nicht ... beansprucht werden, ..." könnte auf den ersten Blick dazu verleiten, im Text des § 46 VwVfG eine Entscheidung zugunsten der "Rechtsverletzungstheorie" zu erblicken, weil die Realisierbarkeit einer Rechtsposition notwendiger Bestandteil eines subjektiven öffentlichen Rechts ist³⁾, § 46 VwVfG aber die Durchsetzbarkeit von Verfahrensrechten gerade ausschließt.

Die Entstehungsgeschichte des § 46 VwVfG zeigt jedoch, daß diese Deutung keineswegs zwingend ist. Der Wechsel in der Formulierung von § 36 Regierungsentwurf 1970 ("Ein Verwaltungsakt, ..., darf nicht ... aufgehoben werden, ...") zu § 42 Regierungsentwurf 1973 und damit auch § 46 VwVfG ("Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, ..., kann nicht ... beansprucht werden, ...") wird von der Bundesregierung damit begründet, § 46 VwVfG solle die Behörde nicht hindern, "einen sachlich richtigen Verwaltungsakt wegen unterlaufener Formfehler aus Gründen der Zweckmäßigkeit im Einzelfalle aufzuheben"⁴⁾. Die Bundesregierung sieht demnach den Ansatzpunkt der

1) Larenz, a. a. O., S. 307 f., 332; Buermeyer, a. a. O., S. 10 f.

2) Auf diese beiden Teilaspekte der sprachlichen Auslegung weist insb. Buermeyer, a. a. O., S. 11 hin. Vgl. ferner Larenz, a. a. O., S. 307 ff.

3) Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914, S. 13, 47 ff.; Wilhelm Henke, Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968, S. 2 mwN; Lorenz, a. a. O., S. 54.

4) BT-Drucks. 7/910, Allgemeine Begr., S. 30 in Verbindung mit Einzelbegr. zu § 42, S. 66; zu diesem Unterschied in der Formulierung zwischen § 36 Reg.Entw. 1970 und § 46 VwVfG vgl. auch Götz, NJW 1976, 1425 (1429) mit derselben Tendenz.

sprachlichen Gestaltung des § 46 als Anspruchsnorm nicht im Recht auf Einhaltung der betreffenden formellen Vorschriften, sondern im Aufhebungsanspruch, welcher der Vorschrift des § 113 I 1 VwGO - wie bereits in § 9 dargelegt - insgesamt zugrundeliegt.

Schon allein diese Ansicht der Bundesregierung erweist, daß die Textgestaltung des § 46 VwVfG insoweit nicht eindeutig ist¹⁾, so daß § 46 am Maßstab weiterer Auslegungskriterien zu messen ist.

2) a) Ausgangspunkt der systematischen Interpretation ist der Zusammenhang, in den die auszulegende Einzelvorschrift gestellt ist, deren Stellung im Normengefüge des gesamten Gesetzes also.²⁾

§ 46 VwVfG steht im Abschnitt der §§ 43 ff. VwVfG, welcher mit "Bestandskraft des Verwaltungsaktes" überschrieben ist.

Die Regelung der Unrichtigkeit von Verwaltungsakten in § 42 VwVfG, einer Vorschrift, die noch dem Abschnitt "Zustandekommen des Verwaltungsaktes" (§§ 35 ff. VwVfG) zugehört, spricht gegen die von Wolff-Bachof und Pietzner vertretene Lehre, § 46 VwVfG normiere weitere Fälle der Unrichtigkeit.

Weitere Schlüsse erlaubt eine an der äußeren Systematik des Gesetzes orientierte Auslegung nicht, da der Begriff der Bestandskraft nicht in einem einheitlichen Sinn verwendet wird.³⁾ Ferner gehen die §§ 43 ff. VwVfG in ihrem Regelungsbereich weit über das hinaus, was üblicherweise unter "Bestandskraft" verstanden wird⁴⁾, so daß dieser Begriff von daher mit zusätzlicher Unschärfe belastet wird.

1) Larenz, a.a.O., S.332 f.

2) Larenz, a.a.O., S.313 und Buermeyer, a.a.O., S. 20 sprechen insoweit von "äußere(r) Systematik".

3) Wolff-Bachof, I, § 52 I. c) (S. 443) verweisen auf die uneinheitliche Verwendung dieses Terminus vor allem in der Rechtsprechung. Vgl. auch Kopp, VwVfG, 4. g) vor § 35. Auch der Definitionsversuch von Foerster, LVwG, I. vor § 112 (Bestandskraft = Widerstandsfähigkeit gegen Änderungen aller Art, die den VA betreffen können) (Hervorhebung im Text) verleiht diesem Begriff keine Konturen.

4) So Obermayer, VwVfG, S. 62, und Knack, VwVfG, Vor § 43 Rdz.4; ähnlich Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 43 Rdz. 1.

b) Ausgehend von der Erkenntnis, daß jede Norm kein isoliertes Dasein führt, sondern Bestandteil eines Normgefüges ist, zielt die systematische Interpretation weiterhin auf eine Zuordnung der Einzelnormen ab, die insgesamt eine sinnvolle und widerspruchsfreie Regelung ergibt.¹⁾

Dieser methodische Gesichtspunkt legt eine Heranziehung des § 59 VwVfG zur Interpretation des § 46 VwVfG nahe. Dort ist in Abs. 2 u. a. bestimmt, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 VwVfG dann nichtig ist, wenn "ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war" (Ziffer 2.) oder wenn "die Voraussetzungen zum Abschluß eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre" (Ziffer 3.)²⁾.

Eine Zusammenschau von § 46 VwVfG und § 59 VwVfG ergibt somit, daß das VwVfG selbst von der Rechtswidrigkeit eines im Sinne des § 46 VwVfG formell fehlerhaften Verwaltungsaktes ausgeht³⁾, was gegen die Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit spricht.

1) Vgl. Larenz, a. a. O., S. 311 ff., insbes. S. 315, wo er vom "innere(n) System" der maßgeblichen Wertentscheidungen und Prinzipien spricht. Ebenso Buermeyer, a. a. O., S. 20.

2) Hervorhebungen des Verfassers.

3) Vgl. Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 10. Der Gesetzgeber scheint den Zusammenhang zwischen § 46 VwVfG und § 59 II VwVfG und damit die Möglichkeit des Rückschlusses überhaupt nicht gesehen zu haben. Vgl. BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 55, S. 81 f., und Einzelbegr. zu §§ 41, 42, S. 65 und § 42, S. 66.

Teilweise wird unter systematischen Aspekten auch ein Zusammenhang zwischen den §§ 44 bis 48 VwVfG gesehen. Es handle sich hierbei um Regeln über Verwaltungsakte, die formelle und materielle Mängel aufwiesen und daher rechtswidrig seien.¹⁾

Auch diese Sicht spricht gegen die Unrichtigkeitslehre und gegen die Theorie von der formellen Rechtswidrigkeit.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß die systematische Interpretation gegen die Lehre von der Unrichtigkeit wie auch gegen die formelle Rechtswidrigkeitslehre Indizien liefert, eine endgültige Festlegung jedoch nicht erlaubt.

3) Grundlagen der historischen Auslegungsmethode²⁾ sind in erster Linie die Gesetzesmaterialien³⁾, ferner die Norm in einem weiteren Rahmen unter besonderer Berücksichtigung von Parallelvorschriften und "Vorläufern" und unter Beachtung des Standes rechtswissenschaftlicher Erkenntnis in Lehre und Rechtsprechung zur Zeit der Normschöpfung.⁴⁾

a) Der Gesetzgeber⁵⁾ wollte mit § 46 VwVfG eine Regelung treffen, die formellen Mängeln ohne sachliche Alternative keine Rechtsfolgen beimißt. Er stimmt darin mit der wohl h. M. überein, die den Ansatzpunkt des § 46 VwVfG ebenfalls auf der Rechtsfolgenseite des § 113 I 1 VwGO sieht, welche um die Fehlerfolge der "Unbeachtlichkeit" im Falle materiell-rechtlich irrelevanter Verfahrensfehler erweitert worden sei.

1) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 48 Rdn. 6.

Auch Kopp, VwVfG, 5. zu § 48 verweist auf den systematischen Zusammenhang der §§ 45 bis 48 VwVfG, ohne allerdings ähnlich weitgehende Schlüsse wie Meyer zu ziehen.

2) Zum Stellenwert der historischen Auslegung im allgemeinen vgl. Larenz, a. a. O., S. 315 ff., 334; Buermeyer, a. a. O., S. 80.

3) "Direkte Quellen" im Sinne Buermeyers, a. a. O., S. 79; vgl. auch Larenz, a. a. O., S. 319.

4) Buermeyer spricht insoweit von "indirekten Quellen" (a. a. O., S. 80); vgl. auch Larenz, a. a. O., S. 319.

5) Speziell zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung der Vorschriften des VwVfG vgl. Maurer, JuS 1976, 485.

Dies zeigt der "Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)" der Bundesregierung vom 18.7.1973¹⁾ mit aller Deutlichkeit, wenn dort ausgeführt wird:

"Bei den fehlerhaften Verwaltungsakten ist zu unterscheiden zwischen:

- a) Fehlern, die zur Nichtigkeit führen,
- b) Fehlern, die die Aufhebbarkeit zur Folge haben,
und
- c) Fehlern, die weder Nichtigkeit noch Aufhebbarkeit zur Folge haben.

.....

Zu c)

Zu diesen Fehlern rechnen zunächst solche, die rechtlich in jeder Hinsicht irrelevant sind, wie z. B. offenbare Unrichtigkeiten i. S. des § 38. Zu dieser Gruppe gehören ferner solche Fehler, die andere Rechtswirkungen als Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit zur Folge haben. Hauptfälle dieser Art sind Verfahrens- und Formfehler, die gemäß § 41 geheilt worden oder die gemäß § 42 unbeachtlich sind."²⁾

Diese von der Bundesregierung erarbeitete Begründung kann als repräsentativ für den Standpunkt des Gesetzgebers gelten, da im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens keine gegenteiligen oder abweichenden Ansichten, auch nicht andeutungsweise, vertreten wurden.³⁾

1) BT-Drucks. 7/910.

Die Bedeutung der Gesetzesbegründung für die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers hebt Schick, JuS 1971, 1 hervor. Konrad Redeker, Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVB1. 1973, 744 - 748 nimmt zu § 42 Reg.Entw. 1973 keine Stellung; ebenso der Verwaltungsrechtsausschuß des DAV in seinen Stellungnahmen zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 5.11.1973, AnwBl. 1974, 145 - 147 und zum Reg. Entw. 1970, Anw.Bl. 1971, 168 - 170.

2) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 40 bis 42, S. 63, mit Ausnahme der Paragraphenfolge wörtlich übereinstimmend mit BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu §§ 34 bis 36, S. 50 (Hervorhebungen des Verfassers). Vgl. auch BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 41, 42, S. 65.

3) Der vom Bundesrat unterbreitete Änderungsvorschlag hinsichtlich § 42 Regierungsentwurf 1973 zielte darauf ab, die Geltung dieser Vorschrift - in Übereinstimmung mit § 36 EVwVerfG 1963 und § 36 Regierungsentwurf 1970 - auf den Ermessensbereich auszuweiten: BT-Drucks. 7/910, Stellungnahme des Bundesrates zu § 42, S. 103. Vgl. auch den Bericht des Innenausschusses vom 18. 12.1975, BT-Drucks. 7/4494, Begr. zu § 46, S. 9.

b) Ein Blick in die mit § 46 VwVfG vergleichbaren Gesetzes- bzw. Entwurfsvorschriften und die dazu vorliegende Literatur bietet ein weitaus unübersichtlicheres und uneinheitlicheres Bild.

(1) Für § 36 EVwVerfG 1963, die Vorschrift also, die den Beginn der Bemühungen um eine Normierung der Rechtsfolgen formell fehlerhafter Verwaltungsakte ohne potentielle Entscheidungserheblichkeit markiert, besteht im Hinblick auf Einordnung in das Begriffssystem des § 113 I 1 VwGO keine Einigkeit.¹⁾²⁾

Die Autoren, die sich mit § 36 EVwVerfG 1963 beschäftigt haben, sehen in dieser Vorschrift überwiegend eine Rechtsfolgenregelung im Sinne der Unbeachtlichkeit von formellen Verstößen ohne denkbare Auswirkungen auf den Entscheidungsinhalt, welche die Rechtswidrigkeit der betroffenen Verwaltungsakte unberührt läßt.³⁾

1) Delitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (83), hebt hervor, daß § 36 EVwVerfG 1963 nicht einen bereits anerkannten Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsrechts normiert. Dies mag mit ein Grund sein für die Kontroversen um dessen Interpretation.

2) Jakob Kratzer, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BayVBl. 1964, 273 - 277; 1965, 15 - 17 und Martin Baring, Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, 180 - 189 setzen sich mit § 36 EVwVerfG 1963 nicht auseinander. Dasselbe gilt für die Stellungnahme des erweiterten Verwaltungsausschusses des DAV vom 5.8. und 3.11.1965, AnwBl. 1966, 44 f. und August Lubbe, Kodifikation der allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts und Anwaltschaft. Bericht über die Arbeitstagung der Arbeitsgemeinschaften für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltsverein am 21.3.1964 in Münster/Westf., DVBl. 1964, 390 - 393.

3) So besonders deutlich Ossenbühl, SKV 1966, 297 (300): "Im übrigen führen Form- und Verfahrensfehler zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Sie bleiben aber ohne Wirkung, wenn sie die materielle Entscheidung nicht beeinflussen."; vgl. ferner dens., DöV 1964, 511 (515); Spanner, DVBl. 1964, 845 (848); Bender, DöV 1965, 446 (449); Wanner, a. a. O., S. 20; ferner Delitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (81) und Dürig, ZPF 1964, 616 (620), beide in enger Anlehnung an die Entwurfsbegründung zu §§ 34 bis 36, S. 151 f.

Diese Ansicht, die man vorsichtig als seinerzeit h.M. bezeichnen könnte, ist auf ihre Tragfähigkeit zu untersuchen.

Eine am Wortlaut orientierte Interpretation des § 36 EVwVerfG 1963 vermag sie weder zu bestätigen noch zu widerlegen, da die Gesetzesformulierung ("Ein Verwaltungsakt, ..., kann nicht ... aufgehoben werden, ...") keinen zuverlässigen Hinweis auf den dogmatischen Ansatzpunkt des § 36 EVwVerfG 1963 liefert.

Unter systematischen Gesichtspunkten gilt dasselbe, was bereits zu § 46 VwVfG ausgeführt worden ist. Die Stellung des § 36 EVwVerfG 1963 im Abschnitt "Bestandskraft des Verwaltungsaktes" spricht gegen die "Unrichtigkeitslehre", nachdem sich schon § 32 EVwVerfG 1963 im Abschnitt "Zustandekommen des Verwaltungsaktes" mit den offenbaren Unrichtigkeiten im Verwaltungsakt beschäftigt und nicht anzunehmen ist, daß der Musterentwurf die Unrichtigkeit von Verwaltungsakten in zwei Paragraphen regelt, die noch dazu durch eine Abschnittsgrenze voneinander getrennt sind.

Ferner ist auf § 45 EVwVerfG 1963 hinzuweisen, demzufolge ein öffentlich-rechtlicher Vertrag u. a. dann nichtig ist, wenn "ein Verwaltungsakt, der die vertragliche Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war" (Ziffer 2.) oder wenn "die Voraussetzungen zum Abschluß eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt, der die vertragliche Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre" (Ziffer 3.).¹⁾ Zu dem sich daraus ergebenden Argument gegen die "Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit" kann auf die Ausführungen im Rahmen der systematischen Interpretation des § 46 VwVfG verwiesen werden.²⁾

1) Hervorhebungen des Verfassers.

2) Vgl. § 10 II. 2) b). Im Ergebnis ebenso Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 37 Abs. 1, S. 165 und Possehl, SKV 1964, 228 (232).

Den gleichen Schluß rechtfertigt § 37 I 1 EVwVerfG 1963, der bestimmt: "Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, ..., zurückgenommen werden, außer wenn er nach § 36 nicht aufgehoben werden darf." Denn der mit "außer" beginnende Satzteil geht erkennbar davon aus, daß die von § 36 erfaßten Verwaltungsakte zwar rechtswidrig sind, aber dennoch nicht aufgehoben werden dürfen.¹⁾

Als Teilergebnis kann festgehalten werden, daß die damals wohl h.L. in der systematischen Auslegung des § 36 EVwVerfG 1963 eine gewisse Bestätigung findet.

Die Anhänger der überwiegend vertretenen Ansicht konnten sich ferner auf folgende Ausführungen in der Begründung des Musterentwurfes³⁾ stützen:

"Bei den fehlerhaften Verwaltungsakten ist zu unterscheiden zwischen:

- a) Fehlern, die zur Nichtigkeit führen,
- b) Fehlern, die Aufhebbarkeit zur Folge haben und
- c) Fehlern, die weder Nichtigkeit noch Aufhebbarkeit zur Folge haben.

...

zu c) ... Zu dieser Gruppe gehören ferner solche Fehler, die andere Rechtswirkungen als Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit zur Folge haben. Hauptfälle dieser Art sind Verfahrens- und Formfehler, die ... gemäß § 36 unbeachtlich sind."⁴⁾

1) So ausdrücklich Bemerkungen zum Referentenentwurf, Zu § 37 Abs. 2 (S. 23 f.); ähnlich Dürig, ZPF 1964, 616 (621) und Possehl, SKV 1964, 228 (231).

2) Die Autoren, die sich mit § 36 EVwVerfG 1963 auseinandergesetzt haben, gehen weder auf den sprachlichen noch auf den systematischen Aspekt ein.

3) Einzelbegründung zu §§ 34 bis 36, S. 151 f.

4) Hervorhebungen des Verfassers.

An anderen Stellen der Entwurfsbegründung finden sich jedoch Darlegungen, die das bereits gesichert geglaubte Ergebnis erschüttern.

So heißt es in der Begründung des Musterentwurfes zu §§ 35, 36¹⁾: "Nur in begrenztem Umfang sind Vorschriften, die sich nicht auf den Inhalt, sondern auf die Form beziehen, so wesentlich, daß ihre Verletzung den erlassenen Verwaltungsakt fehlerhaft machen soll". Auch im Rahmen der Begründung zu § 37 Abs. 1²⁾ geht die Kommission davon aus, daß nur sachlich relevante Mängel die Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes begründen, bewegt sich also insoweit auf dem Boden der Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit. Vollends unklar wird das Bild, wenn die Musterentwurfsbegründung ausführt³⁾: "Die Nichtigkeit wird von der Rechtswidrigkeit (oder von der Aufhebbarkeit) in der Rechtsprechung mit Hilfe der heute herrschenden Evidenztheorie unterschieden"⁴⁾, also Rechtswidrigkeit mit Aufhebbarkeit gleichsetzt und damit entgegen der h. M.⁵⁾ auf der Rechtsfolgenseite des § 113 I 1 VwGO einordnet. Wenn dann der Ausschuß zur Parallelproblematik des § 35 EVwVerfG 1963 darlegt⁶⁾, man habe sich "mit dieser den praktischen Erfordernissen genügenden Regelung der Rechtsfolge" begnügt, denn die Frage des Einflusses der nachgeholten Verfahrenshandlung auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sei "allenfalls von rechtstheoretischem, nicht aber von praktischem Interesse", so bleibt nur noch Ratlosigkeit, legen doch diese Sätze die Vermutung nahe, der Ausschuß habe das Einordnungsproblem gar nicht erst dogmatisch befriedigend zu lösen versucht.⁷⁾

1) S. 158.

2) S. 165.

3) Einzelbegr. zu § 34 Abs. 1, S. 153.

4) Hervorhebung im Text.

5) Siehe Nachweise S. 87 Anm. 1.

6) Einzelbegr. zu § 35, S. 159; ähnlich auch Einzelbegr. zu § 36, S. 162.

7) Dafür spricht auch S. 73 der Allg. Begr., wo darauf hingewiesen wird, daß der Musterentwurf auf die Normierung von Grundsätzen des Verwaltungshandelns verzichtet und damit auch die "Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns" nicht geregelt habe. Kritisch zu dieser Tendenz der Begründung: Haueisen, DVBl. 1966, 773 (775 Anm. 21).

Nicht zuletzt diese Widersprüchlichkeit der Begründung zum Musterentwurf hat wohl einige Autoren zu - verglichen mit der überwiegenden Meinung - vorsichtigeren Stellungnahmen bewogen.

Fritz Rietdorf, der Vorsitzende der Bund-Länder-Kommission, weist darauf hin, daß es der Ausschuß vermieden habe, in rechtspolitischen Auseinandersetzungen oder in dogmatischen Streitfragen Stellung zu beziehen und Partei zu ergreifen.¹⁾

Auch Fritz Hauelsen ist der Ansicht, § 36 EVwVerfG 1963 habe bewußt auf eine Regelung der Frage verzichtet, ob und wann formell fehlerhafte Verwaltungsakte rechtswidrig sind²⁾.

Bernhard Hofmann schließlich meint, der Musterentwurf bringe zur Bestandskraft der Verwaltungsakte (und damit auch in § 36 EVwVerfG 1963) eine Regelung, die den gegenwärtigen Stand rechtswissenschaftlicher Erkenntnis widerspiegele.³⁾ Da - wie noch darzulegen sein wird - gerade dieser Erkenntnisstand keinesfalls einheitlich beurteilt wird, trägt auch die Stellungnahme Hofmanns kaum zur Aufhellung des dogmatischen Dunkel bei, in welches § 36 EVwVerfG 1963 noch immer gehüllt ist.

Faßt man die bisher angestellten Erwägungen zusammen, so muß es bei der Feststellung bewenden, daß sich ein eindeutiges Auslegungsergebnis nicht finden läßt, jedoch einiges für die Lehre von der Unbeachtlichkeit als dogmatische Grundlage des § 36 EVwVerfG 1963 spricht.

1) DVBl. 1964, 293 (295). Allerdings neigt Rietdorf, a. a. O., S. 334, zur Unbeachtlichkeitslehre.

2) DVBl. 1966, 773 (775 Anm. 21) unter Hinweis auf die Begr. des Musterentwurfs zu § 35, S. 159: "Diese Frage (sc. der Rechtswidrigkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte) ist außerdem allenfalls von rechtstheoretischem, nicht aber von praktischem Interesse." Ebenso Bemerkungen zum Referentenentwurf, § 37 Abs. 1 (S. 24).

Dagegen meint Wanner, a. a. O., S. 20 Anm. 46, diese von Hauelsen in Bezug genommene Passage der Begr. stehe einer Bewertung des § 36 EVwVerfG 1963 im Sinne der Unbeachtlichkeitstheorie nicht entgegen.

3) Jahrbuch des Postwesens 1965, 357 (386). Hofmann meint demnach den Mitte der sechziger Jahre erreichten Erkenntnisstand.

(2) In Schleswig-Holstein ist § 36 EVWVerfG 1963 in Gestalt des § 115 LVwG Gesetz geworden.

Vorweg sei bemerkt, daß sich eine gesonderte systematische und historische Interpretation dieser Vorschrift erübrigt; es gelten insoweit die zu § 36 EVWVerfG 1963 gewonnenen Erkenntnisse. Denn einmal hat der schleswig-holsteinische Gesetzgeber die Abschnitte des Musterentwurfs (in der "Münchener Fassung") über Zustandekommen und Bestandskraft der Verwaltungsakte sowie über den öffentlich-rechtlichen Vertrag überwiegend wörtlich, in jedem Fall aber der Sache nach in das LVwG übernommen.¹⁾²⁾ Zum anderen stimmt auch die Begründung des Musterentwurfs mit derjenigen des schleswig-holsteinischen Regierungsentwurfs eines Landesverwaltungs-gesetzes vom 22.12.1965³⁾ überein.

1) Vgl. hierzu: Laubinger, JA 1975, 593 (596) = ÖR 173 (176); Ottobert L. Brintzinger, Das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein, DÖV 1968, 16 (21); Klaus von der Groeben, Das Landesverwaltungs-gesetz für das Land Schleswig-Holstein, Der Landkreis 1968, 90; Kuhn, a. a. O., S. 4 (Einleitung); Foerster, LVwG, Einführung I. 4. a); ders., Gefährdet das Schleswig-Holsteinische Landesverwaltungs-gesetz die Rechtseinheit? SKV 1968, 33; Musterentwurf, Anhang "Münchener Fassung", S. 300 f.; C. H. Ule/K. A. Sellmann, Zum Stand der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahren-rechts. Ein Beitrag zu neuen Vorschlägen des Bund-Länder-Ausschusses und zum schleswig-holsteinischen Landesverwaltungs-gesetz, DVBl. 1967, 837 (842).

2) § 116 I 1 LVwG: "Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, ..., zurückgenommen werden, außer wenn er nach § 115 nicht aufgehoben werden darf."

§ 126 II sieht die Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages u. a. dann vor, wenn "ein Verwaltungsakt, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 115 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war" (Ziffer 2.) und wenn "die Voraussetzungen zum Abschluß eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 115 rechtswidrig wäre" (Ziffer 3.).

3) LT-Drucks. Nr. 650/5. Wahlperiode (1962).

Insb. die Begründung zu § 113, der Entwurfsfassung des späteren § 115 LVwG, stimmt mit der Musterentwurfsbegründung zu § 36, S. 162 f. überein, vgl. LT-Drucks. Nr. 650/5. WP, S. 213.

Die Stellungnahmen, die § 115 LVwG in der Rechtslehre ausgelöst hat, sind kontrovers.

Wolff-Bachof¹⁾ gehen in Übereinstimmung mit ihrer zu § 46 VwVfG entwickelten Konzeption davon aus, daß formelle Fehler im Sinne des § 115 LVwG, d. h. ohne Entscheidungserheblichkeit, den Verwaltungsakt lediglich "unrichtig" machen, nicht aber dessen Rechtswidrigkeit begründen.

Als Argumente gegen diese Ansicht lassen sich die Stellung des § 115 LVwG im Abschnitt "Bestandskraft des Verwaltungsaktes"²⁾ und die Regelung der "offenbaren Unrichtigkeit" in § 111 LVwG (im Abschnitt "Zustandekommen des Verwaltungsaktes") ins Feld führen.³⁾

In ihrem Kommentar zum LVwG entwickeln Klaus von der Groeben und Hans Joachim Knack folgendes Lösungsmodell. Sie unterscheiden im Rahmen der Bestandskraftproblematik drei Begriffsebenen: Fehlerhaftigkeit - Rechtswidrigkeit - Rechtsfolgen (Aufhebbarkeit, Nichtigkeit)⁴⁾. Verfahrens-, Zuständigkeits- und Formfehler begründen die Fehlerhaftigkeit, und zwar auch dann, wenn sie ohne Auswirkung auf die inhaltliche Richtigkeit des betroffenen Aktes bleiben.⁵⁾

Die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes zieht grundsätzlich dessen Rechtswidrigkeit nach sich.⁶⁾ Folgende Fallgruppen bilden eine Ausnahme von dieser Regel: Offenbare Unrichtigkeiten im Sinne des § 111 LVwG⁷⁾, die in § 114 LVwG geregelten Heilungstatbestände⁸⁾, diejenigen Fälle, in denen das Gesetz eine besondere Regelung für die Fehlerhaftigkeit trifft (z. B. § 58 II VwGO)⁹⁾, und

1) I, § 51 IV. e) 1. (S. 434).

2) Foerster, LVwG, 2. d) vor § 112: "Fragen der Bestandskraft treten hier (sc. bei bloßen Unrichtigkeiten) nicht auf."

3) Vgl. auch Foerster, LVwG, 2. d) vor § 112: "Form- und Verfahrensfehler sind keine bloßen Unrichtigkeiten ..., sondern Fehler ...".

4) A. a. O., 3.1 vor § 112.

5) A. a. O., 3.1 vor § 112.

6) A. a. O., 3.2.5 vor § 112.

7) A. a. O., 3.2.1 vor § 112.

8) A. a. O., 3.2.2 vor § 112.

9) A. a. O., 3.2.3 vor § 112.

schließlich die Fallgruppe, für die das Gesetz die Rechtswidrigkeit als regelmäßige Folge der Fehlerhaftigkeit ausschließt. Hierzu rechnet § 115 LVwG, der somit formellen Verstößen ohne sachlich-rechtliche Auswirkungen die Rechtswidrigkeit nimmt.¹⁾

Die Rechtswidrigkeit ihrerseits hat Aufhebbarkeit und Nichtigkeit zur Folge.²⁾ Deren Abgrenzung ist hier jedoch nicht weiter zu verfolgen, da die formellen Fehler ohne denkbare Relevanz für den Entscheidungsinhalt bereits auf der vorhergehenden Prüfungsebene der Rechtswidrigkeit ausgeschieden worden sind.

Von der Groeben und Knack begründen ihr Lösungsmodell, soweit es um § 115 LVwG geht, mit der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung.³⁾ Die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten im Verwaltungsprozeß habe in § 113 I 1 VwGO auf der Grundlage des Art. 74 Nr. 1 GG eine abschließende bundesrechtliche Regelung gefunden, die eine Modifizierung durch den Landesgesetzgeber ausschließe. Da aber § 115 LVwG auch im Verwaltungsstreitverfahren Geltung beanspruche⁴⁾, sei davon auszugehen, daß der Landesgesetzgeber in verfassungskonformer Weise die - noch zu seiner Disposition stehende - Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, die Landesverfahrensrecht verletzen, ausgeschlossen hat.⁵⁾

Die verfassungsrechtliche Argumentation der Kommentatoren von der Groeben und Knack ist im Ansatz zutreffend, im Ergebnis jedoch nicht zwingend.

1) A. a. O., 3.2.4 vor § 112. Ähnlich auch Foerster, LVwG, 3. a) zu § 115; anders aber ders., LVwG, 4. Nr. 1 zu § 126.

2) A. a. O., 3.2.5 vor § 112.

3) A. a. O., 4 zu § 115.

4) A. A. ist in dieser Frage, soweit ersichtlich, nur Erichsen, SchlHA. 1966, 121 (129) unter Bezugnahme auf die Begründung zu § 113 Regierungsentwurf.

5) Erichsen, SchlHA. 1966, 121 (129) zu § 113 Regierungsentwurf: "Für eine den § 113 VwGO derogierende Vorschrift fehlte es auch an der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes." Ebenso Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 61 (1970), 168 (179).

§ 115 LVwG ließe sich auch mit der Begründung halten, die prozessuale Aufhebbarkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte sei bereits durch § 113 I 1 VwGO in Verbindung mit der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt ausgeschlossen.¹⁾ Legt man diese Annahme zugrunde, so dient § 115 LVwG lediglich der Klarstellung der von § 113 I 1 VwGO bestimmten Rechtslage, ist mithin unter kompetenziellen Gesichtspunkten unbedenklich.

§ 115 LVwG fügt sich ferner dann in die Kompetenzordnung des Grundgesetzes ein, wenn man ihn nur auf die verwaltungsbehördliche Aufhebung von Verwaltungsakten anwendet, deren Regelung auf jeden Fall der Zuständigkeit des Landesgesetzgebers unterliegt.²⁾

Nicht unbestritten ist auch die Prämisse der Kommentatoren, die Rechtswidrigkeit stehe dem Landesgesetzgeber zur Regelung offen. In seiner Studie über den verfahrensfehlerhaften Staatsakt legt Hans-Jürgen Papier³⁾ dar, der Begriffsinhalt der Rechtswidrigkeit

-
- 1) So im Ergebnis Franz Mayer, Verwaltungsrecht, S. 102 ff.; Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630); wohl auch ders., DÖV 1964, 183 (193); Pietzner, JA 1975, 249 (253) = ÖR 65 (69); besonders deutlich Fritz Czermak, Behördenverfahren und Verwaltungsprozeß beim Zusammenwirken mehrerer Behörden, NJW 1963, 703; für Zuständigkeitsfehler ebenso Mußnug, a. a. O., S. 56 f., 59; ferner Bernhard Stüer, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, 257 (263).
Aus der Rechtsprechung: BVerwGE 5, 79 (83 f.); 6, 33 (35); 19, 216 (221); 29, 282 (283); BVerwG, Urt. vom 13.2.1970, Buchholz 11, Art. 14 GG, Nr. 106, S. 128 (129); OVG Münster, Urt. vom 22.9.1958, DVBl. 1959, 72 (74) mit zust. Anm. von Hans Julius Wolff, DVBl. 1959, 75; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. vom 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (539).
- 2) So im Ergebnis Erichsen, SchlHA. 1966, 121 (129) unter Bezugnahme auf die Einzelbegr. zu § 113 Regierungsentwurf LVwG (S. 213) = Einzelbegr. zu § 36 EVwVerfG 1963, S. 162.
Diese Ansicht ist jedoch nicht herrschend und auch im Hinblick darauf problematisch, daß sie § 115 LVwG keinen selbständigen, über § 116 I 1 LVwG hinausgehenden Regelungsbereich mehr beläßt.
- 3) Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt, Tübingen 1973, S. 9 Anm. 19.

im Sinne des § 113 I 1 VwGO könne "nur durch Auslegung dieser bundesrechtlichen Vorschrift selbst, notfalls unter Heranziehung weiterer Normen des Bundesverwaltungsprozeßrechts, ermittelt werden. Eine verbindliche Interpretation durch den Landesgesetzgeber scheidet aus."¹⁾²⁾

Einen weiteren Beitrag zur Interpretation des § 115 LVwG leistet Gustav Kuhn. In seinem Kommentar zum LVwG führt er aus³⁾: "Die Bestimmung (sc. § 115 LVwG) regelt den Fall, daß ein Verwaltungsakt zwar wegen Verstoßes gegen die Verfahrens- oder Formvorschriften oder Regelungen über die örtliche Zuständigkeit rechtswidrig ist, diese Rechtswidrigkeit aber nicht zur Aufhebung (einschließlich Rücknahme - § 116 Abs. 1 Satz 1) des Verwaltungsaktes führen soll, weil die materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes von dem Verstoß nicht beeinflußt worden ist."⁴⁾ Die Rechtswidrigkeit sei "unter den Voraussetzungen des § 115 unbeachtlich".⁵⁾ Kuhn bewegt sich damit auf einer Linie mit der "Unbeachtlichkeitslehre".

Leider beschränkt er sich auf die Wiedergabe seiner Ansicht, ohne diese dogmatisch zu fundieren.⁶⁾ Insbesondere die verfassungsrechtliche Problematik spricht er mit keinem Wort an, obwohl er § 115 LVwG ganz selbstverständlich auch auf die Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte im Prozeß anwendet.⁷⁾

1) Hervorhebungen im Text.

2) Kritisch zur Negierung der Rechtswidrigkeit durch von der Groeben/Knack auch Sendler, AöR Bd. 94 (1969), 130 (157). Wie von der Groeben/Knack dagegen wohl Erichsen, SchlHA. 1966, 121 (129): § 113 Regierungsentwurf könne lediglich "über den Blankettbegriff der Rechtswidrigkeit in § 113 VwGO" zum Tragen kommen, sei jedoch nicht als Norm formuliert, die eine Regelung der Rechtswidrigkeit beabsichtigt.

3) 2. zu § 115.

4) Ebenso auch Foerster, LVwG, 4. Nr. 1 zu § 126, wenn er von "Rechtswidrigkeit aus bloßen Form- oder Verfahrensfehlern nach § 115" spricht; anders allerdings ders., LVwG, 3. a) zu § 115.

5) Kuhn, a. a. O., 10. zu § 74.

6) Vgl. a. a. O., 2. zu § 115.

7) A. a. O., 6. zu § 115, wo wiederholt von Anfechtung der Verwaltungsentscheidung die Rede ist; ähnlich auch 9. zu § 115.

Ein abschließendes Urteil hinsichtlich der Auslegung des § 115 LVwG zu finden, ist nicht erforderlich. Denn die Analyse dieser Vorschrift diene allein dem Zweck, nach Möglichkeit neue Aspekte zu gewinnen, die sich für die Interpretation des § 46 VwVfG verwerten lassen. Nicht zu erwarten ist dies jedoch von einer Vertiefung der verfassungsrechtlichen Problematik, die sich auf § 115 LVwG als eine Bestimmung des Landesrechts beschränkt, für die bundesrechtliche Norm des § 46 VwVfG jedoch keine Relevanz besitzt. Der Bundesgesetzgeber ist nämlich jederzeit in der Lage, die seiner Kompetenz unterliegende Vorschrift des § 113 I 1 VwGO abzuändern, gleich, ob er hierfür das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit oder die Rechtsfolgenrechtsseite als Ansatzpunkt wählt.

Klammert man den verfassungsrechtlichen Komplex aus der Betrachtung aus, so bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß § 115 LVwG die bisher gefundene Linie bestätigt. Ebenso wie bei § 36 EVwVerfG 1963 sprechen auch hier insbesondere systematische und historische Gesichtspunkte für die "Unbeachtlichkeit" ausschließlich formeller Fehler.

(3) Rückschlüsse für die Interpretation des § 46 VwVfG könnten ferner die §§ 26, 41 I des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 2. Mai 1955 (BGBl. I S. 202)¹⁾ erlauben, wenn auch diese beiden Bestimmungen bei den Gesetzesberatungen des VwVfG offenbar nicht als Diskussionsgrundlage herangezogen worden sind.²⁾

-
- 1) In der Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes vom 6. Mai 1976 (BGBl. I S. 1169), im folgenden abgekürzt VfG (KOV).
- 2) Vgl. die Aufzählung der im einzelnen verwerteten Gesetze und Gesetzesentwürfe in BT-Drucks. 7/910, Allg. Begründung, S. 31 f. Der Musterentwurf hingegen berücksichtigt die Verfahrensregelung des VfG (KOV), vgl. Allg. Begr., S. 59.

§ 26 VfG (KOV) lautet: "Bescheide und andere Verwaltungsakte sind nicht deshalb unwirksam oder anfechtbar, weil sie von einer örtlich unzuständigen Stelle ergangen sind."¹⁾

§ 41 I VfG (KOV) bestimmt: "Bescheide über Rechtsansprüche können zugunsten des Berechtigten von der zuständigen Verwaltungsbehörde geändert oder aufgehoben werden, wenn außer Zweifel steht, daß sie im Zeitpunkt ihres Erlasses tatsächlich oder rechtlich unrichtig gewesen sind. Verstöße gegen Vorschriften dieses Gesetzes rechtfertigen nicht die Erteilung eines Berichtigungsbescheides."

Materialien und Kommentarliteratur zu § 26 VfG (KOV) sind dogmatisch nicht allzu ergiebig.

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung vom 16.11.1953 legt in der Begründung zu § 26 dar, "daß aus der örtlichen Unzuständigkeit keine Einwendungen gegen einen Bescheid oder sonstigen Verwaltungsakt erhoben werden können."²⁾ Damit bleibt offen, ob § 26 VfG (KOV) einem von örtlich unzuständiger Stelle ergangenen Verwaltungsakt die Rechtswidrigkeit nehmen oder nur deren Rechtsfolgen (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit) ausschließen will.

Die Kommentatoren beschränken sich im wesentlichen auf eine Umschreibung des Norminhalts, ohne der Vorschrift damit schärfere dogmatische Konturen zu verleihen.³⁾

1) Delitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (82) bezeichnet diese Vorschrift als "eine (mit dem ME so gut wie übereinstimmende) Sonderbestimmung für die KOV".

2) BT-Drucks. II/68, S. 13.

3) Vgl. Waldemar Schönleiter/Walter Hennig, Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung (VfG), Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1969, Erl. zu § 26 (S. 91 f.); Thannheiser/Wende/Zech, Handbuch des Bundesversorgungswesens, Bd. 2: Verwaltungsverfahrenswesen mit Verwaltungsvorschriften und Erläuterungen, München o. J., Erl. zu § 26 (S. 50).

Die einzige Ausnahme macht Georg Sauerwein¹⁾, wenn er ausführt: "Die ... Möglichkeit der Anfechtung durch Einlegung des Rechtsbehelfs des Widerspruchs ist gemäß der Vorschrift ausgeschlossen mit dem alleinigen Einwand, es mangle dem Bescheid oder dem sonstigen Akt die örtliche Zuständigkeit. Damit wird zwar der Bescheid oder sonstige Akt nicht fehlerfrei, der anhaftende Fehler stellt aber die volle Wirksamkeit nicht mehr in Frage."²⁾ Für Sauerweins Auffassung von § 26 VfG (KOV) als einer Rechtsfolgenregelung spricht die sprachliche Gestaltung dieser Norm, denn die typischen Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind hier zur örtlichen Unzuständigkeit in Beziehung gesetzt.

§ 41 I 2 VfG (KOV) ist mit § 46 VwVfG insoweit vergleichbar, als dieser die Aufhebungsbefugnis der Verwaltungsbehörden regelt.³⁾ Die Stellungnahmen, die § 41 I 2 VfG (KOV) in der Rechtslehre ausgelöst hat, lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen. Wolff-Bachof⁴⁾ sind der Ansicht, die in § 41 I VfG (KOV) angesprochenen Mängel seien nicht als Fehler anzusehen, die Rücknehmbarkeit und Aufhebbarkeit begründeten. Sie machten den Verwaltungsakt lediglich "unrichtig", nicht aber fehlerhaft bzw. rechtswidrig. § 41 I VfG (KOV) stelle folglich eine Berichtigungsregelung dar, und § 41 I 2 VfG (KOV) schließe für formelle Rechtsverletzungen die Möglichkeit der Berichtigung zu Lasten des Versorgungsempfängers aus.

1) Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsofferversorgung vom 2. Mai 1955 und seine Anwendung, Kommentar, Essen, Stand: 31. Juli 1970 (4. Ersatzblattlieferung zur 2. Auflage), Erl. 3 zu § 26 (S. 304 f.).

2) Hervorhebung des Verfassers.

3) Delitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (84 Anm. 75) bezeichnet § 41 I 2 VfG (KOV) als "eine Regelung, die der des ME angenähert ist."

4) I, § 51 IV. e) 1. (S. 434); wohl auch der Regierungsentwurf eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsofferversorgung vom 16.11.1953, BT-Drucks. II/68, Begr. zu §§ 40 bis 44, S. 14.

Die h. M.¹⁾ hingegen geht davon aus, § 41 I VfG (KOV) regele insgesamt die Rücknehmbarkeit²⁾ begünstigender Verwaltungsakte; Satz 2 dieser Bestimmung schließe die Rücknahme von Verwaltungsakten aus, die lediglich im Widerspruch zum VfG (KOV) stünden.³⁾

Die Vertreter dieser h. M. lassen durchwegs offen, ob die in § 41 I 2 VfG (KOV) umschriebenen Fehler dem Verwaltungsakt bereits die Rechtswidrigkeit nehmen oder ob sie - bei fortbestehender Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit - nur die Rechtsfolge der Rücknehmbarkeit ausschließen.

Wolff-Bachof können sich für ihre Ansicht auf die Stellung des § 41 VfG (KOV) im Abschnitt "XI. Berichtigung von Bescheiden" berufen.⁴⁾ Allein dieses systematische Argument erweist sich als kaum tragfähig. Haueisen weist darauf hin, daß die Terminologie im Bereich der Rücknahme- und Widerrufsregelungen infolge starker spezialgesetzlicher Zersplitterung "völlig uneinheitlich" sei. Mit Ausnahme des VfG (KOV) werde im juristischen Sprachgebrauch durchgehend nur die Korrektur "offenbarer Unrichtigkeiten" als "Berichtigung" bezeichnet.⁵⁾ Die Abschnittsüberschrift sei "geradezu irreführend"⁶⁾.

1) Sauerwein, a. a. O., Erl. 1 zu § 41 (S. 466); Schönleiter/Hennig, a. a. O., Vorbemerkung zu Abschnitt XI, (S. 114 f.); Fritz Haueisen, Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, NJW 1958, 1065 (1067); ders., Unnötige Normierung von Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts im besonderen Verwaltungsrecht, DÖV 1959, 5 (7 Anm. 13); ders., Von Anfang an rechtswidrige Verwaltungsakte - Begriffliche Festlegung, Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte - , DOK 1959, 385 (386); Groschupf, DÖV 1964, 189 (191); Delitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (81); Bernhard Hofmann, Jahrbuch des Postwesens 1965, 357 (384); Becker/Luhmann, a. a. O., S. 34.
Aus der Rechtsprechung: BSG, Entsch. vom 16.3.1962, Breithaupt 1962, 828 (829 f.).

2) In dem modernen Sinn von Aufhebbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte durch die Behörden, wie er auch § 46 VwVfG zugrunde liegt (vgl. § 6 I., § 7 I.).

3) So besonders deutlich Schönleiter/Hennig, a. a. O., Erl. 9 zu § 41 (S. 139); Sauerwein, a. a. O., Erl. 7 zu § 41 (S. 477).

4) Wolff-Bachof nehmen dieses Argument selbst nicht für sich in Anspruch, vgl. I, § 51 IV. e) 1. (S. 434).

5) DÖV 1959, 5.

6) NJW 1958, 1065 (1067 Anm. 27).

Schönleiter-Hennig legen dar, das VfG (KOV) spreche "im Anschluß an das frühere Verfahrensgesetz von 1922 von der "Berichtigung von Bescheiden" und habe sich "bewußt an dessen Regelung ... angelehnt"¹⁾²⁾, ohne neueren dogmatischen und insbesondere terminologischen Entwicklungen Rechnung zu tragen, wie den Ausführungen Schönleiter-Hennigs hinzuzufügen ist. Groschupf³⁾ meint, Unrichtigkeit im Sinne des VfG (KOV) sei gleichbedeutend mit Rechtswidrigkeit im Sinne des allgemeinen Verwaltungsrechts.⁴⁾

Diese Erklärungen für die vom vorherrschenden Sprachgebrauch abweichende Terminologie des VfG (KOV) entziehen der Wolff-Bachof-schen Deutung jede Grundlage.

Gesetzliche Regelung und Begriffsbildung der §§ 40 ff. VfG (KOV) scheinen Wolff-Bachof mitveranlaßt zu haben, § 46 VwVfG ebenfalls im Sinne der "Unrichtigkeitslehre" zu bewerten.⁵⁾ Insoweit können die Erklärungen für die abweichende Terminologie der §§ 40 ff. VfG (KOV) als Argumente gegen die Wolff-Bachofsche Interpretation des § 46 VwVfG nachgetragen werden.

Weitere Hinweise für die Auslegung des § 46 VwVfG gibt § 41 I 2 VfG (KOV) nicht, da Autoren und Kommentatoren, wie schon angedeutet, offenlassen, ob diese Vorschrift einem Verwaltungsakt bereits die Rechtswidrigkeit nimmt oder erst deren Unbeachtlichkeit herbeiführt.⁶⁾

(4) § 127 der Abgabenordnung (AO) in der Fassung vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 613), der wörtlich mit § 46 VwVfG übereinstimmt, bietet keine neuen Aspekte, die sich für dessen Auslegung fruchtbar machen lassen.

1) Hervorhebung im Text.

2) A. a. O., Vorbemerkung zum Abschnitt XI. (S. 115).

3) DOV 1964, 189 (191).

4) Ebenso Adolf Ruh, Zum Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung, Bundesversorgungsblatt 1955, 139 (146); a. A. wohl BT-Drucks. II/68, Begr. zu §§ 40 bis 44, S. 14.

5) Denn sie verweisen bei der Behandlung der verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakte und des § 42 Reg. Entw. 1973 auf § 41 VfG (KOV) (I, § 51 IV. e) 1. (S. 434)).

6) Vgl. insb. Schönleiter/Hennig, a. a. O., Erl. 9 zu § 41 (S. 139); Sauerwein, a. a. O., Erl. 7 zu § 41 (S. 477); Thannheiser/Wende/Zech, a. a. O., Erl. zu § 41 (S. 75).

Zwar wird betont, daß aufgrund der Abstimmung von AO und VwVfG im Gesetzgebungsverfahren und der dadurch bedingten häufigen wörtlichen Übereinstimmung Literatur und Rechtsprechung zur neuen AO auch für die Interpretation des VwVfG verwertbar seien.¹⁾ Aber beachtliche Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung zur neuen AO sind noch nicht vorhanden.

Auch die Entstehungsgeschichte der AO bietet keine neuen Gesichtspunkte.²⁾

Die Gesetzessystematik der AO ist ebenfalls unergiebig, denn diejenigen Rechtsprobleme, die gemeinhin die "Lehre vom Verwaltungsakt" ausmachen, werden in einem einzigen Abschnitt, der mit "Verwaltungsakte" überschrieben ist, ohne weitere Untergliederung abgehandelt.

(5) Weitere mit § 46 VwVfG vergleichbare Vorschriften, die im Rahmen der historischen Interpretation zur Klärung der Dogmatik dieser Bestimmung beitragen könnten, ließen sich bei Durchsicht

1) So Laubinger, Synopse der Vorschriften des VwVfG, seiner Entwürfe, der AO 1977 und des SGB, JA 1976, 695 (ÖR 215).

2) Erst der Finanzausschuß brachte im Interesse der "Vereinheitlichung der korrespondierenden Vorschriften der Abgabenordnung und des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes" § 127 AO in Übereinstimmung mit § 42 Regierungsentwurf 1973: vgl. Bericht des Finanzausschusses vom 7.11.1975, BT-Drucks. 7/4292, S. 4 und Einzelbegr. zu § 127, S. 29. Vgl. auch Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 2 Rdn. 5. Bericht des Finanzausschusses, Einzelbegr. zu § 127, S. 28: "Übernommen hat er (sc. der Ausschuss) den Rechtsgedanken, daß Verfahrens- und Formfehler geringerer Art (die nicht zur Nichtigkeit führen) nicht zur Aufhebung des Verwaltungsaktes führen sollen, wenn ein inhaltlich gleicher Verwaltungsakt in der rechten Form hätte ergehen müssen." S. 29: "Der Steuerpflichtige hat zwar keinen Anspruch auf Aufhebung eines mit einem Verfahrens- oder Formfehler behafteten Verwaltungsaktes; die Finanzbehörde kann aber einen derartigen Verwaltungsakt aufheben."

der vorangegangenen Verfahrensgesetze und Entwürfe¹⁾ nicht auffinden.

Das Ergebnis der Auswertung der mit § 46 VwVfG vergleichbaren Vorschriften läßt sich dahin zusammenfassen, daß eine Tendenz zur "Unbeachtlichkeit" bloßer Verfahrens- und Formverstöße feststellbar ist.

c) Im Rahmen der historischen Interpretation wird im folgenden die Rechtslage dargestellt, wie sie der Gesetzgeber des VwVfG vorgefunden hat. Es ist mit anderen Worten der Erkenntnisstand von Rechtslehre und Rechtsprechung zu den möglichen Ansatzpunkten des § 46 VwVfG (Unrichtigkeit, Rechtswidrigkeit, Rechtsverletzung, Unbeachtlichkeit) mit knappen Strichen darzustellen, um auf diese Weise den dogmatischen Hintergrund aufzuhellen, vor dem der Gesetzgeber ans Werk ging.²⁾

(1) Soweit ersichtlich, wurde vor Beginn der Gesetzesberatungen des VwVfG und auch während derselben - mit Ausnahme von Wolff-Bachof³⁾ - die Problematik der formellen Fehlerhaftigkeit ohne potentielle sachliche Auswirkungen niemals unter dem Schlagwort der "Unrichtigkeit" bzw. "Berichtigung" abgehandelt. H. L. und Rechtsprechung sprachen übereinstimmend von (offenbarer) Unrichtigkeit als einem "Widerspruch zwischen dem, was die Behörde ge-

1) Vgl. die Aufzählung in BT-Drucks. 7/910, Allg. Begr., S. 31 f., und insb. in der Allg. Begr. des Musterentwurfs, S. 55 ff.; ferner Obermayer, VwVfG, S. 13 ff., 22 ff. Berücksichtigt wurde ferner K. E. Cerutti, Der Allgemeine Teil des Verwaltungsrechtes und die Verwaltungsrechtsprechung, Entwurf eines Gesetzes, Leipzig 1940.

2) Zur methodischen Legitimation dieses Vorgehens vgl. Larenz, a. a. O., S. 319; Buermeyer, a. a. O., S. 79 f.

3) I, § 51 VII. a) 1. und 7. (S. 440): Unrichtigkeit liegt auch vor, wenn der Fehler "durch einen Rechtssatz ausdrücklich für unerheblich erklärt ist" oder wenn es sich um sonstige nicht entscheidungserhebliche Verfahrens- oder Formfehler handelt (Hervorhebung im Text).

wollt hat, und dem, was sie in dem Verwaltungsakt zum Ausdruck gebracht hat"¹⁾. Peter Badura folgert daraus, offenbare Unrichtigkeit eines Bescheides könne "nur eine Unvollkommenheit in der Wiedergabe der Entscheidung" sein, "die sich bei verständiger Betrachtung aus der schriftlichen Niederlegung selbst ohne Zuhilfenahme der zugrundeliegenden Vorstellungen der Behörde ergibt"²⁾. Da diese Definitionen und Umschreibungen der "Unrichtigkeit" nicht auch die formelle Mangelhaftigkeit eines Verwaltungsaktes bei inhaltlicher Alternativlosigkeit einschließen, findet die Lehre Wolff-Bachofs zu § 46 VwVfG in der vor Inkrafttreten dieser Vorschrift herrschenden Rechtspraxis keinen Anknüpfungspunkt.

(2) In der Frage der subjektiven Rechtsqualität des formellen Rechts läßt sich der Meinungsstand folgendermaßen darstellen.³⁾ Nach einer Mindermeinung⁴⁾ ist das formelle Recht ohne Unterschied ungeeignet, subjektive öffentliche Rechte zu begründen, da Zuständigkeits- und Verfahrensnormen nicht dem Individualinteresse des Bürgers zu dienen bestimmt seien, sondern nur im öffentlichen Interesse bestünden.

Eine zweite Gruppe von Autoren⁵⁾, die sich ebenfalls in der Minderheit befinden, geht von der Annahme aus, jedem Bürger stehe ein Rechtsanspruch auf Einhaltung des gesetzlich geordneten Verwaltungsverfahrens zu, also ein subjektives öffentliches Recht, das gerichtlich durchsetzbar ist.

1) So BVerwGE 40, 212 (216); zur Rechtsprechung des BVerwG vgl. Hans Joachim Becker, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Rechtsgrund gewährter Leistungen. Entwicklungen und Probleme in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DÖV 1973, 379 (383); BayVGh n. F. 1, 82 (83); Jellinek, a. a. O., § 11 IV. 3. b) (S. 283); E. Rasch/W. Patzig, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder (neu hrsg. von C. H. Ule), Bd. I 1. Halbband, Köln-Berlin-Bonn-München 1962, Erl. 2 zu § 18 Berliner VwVfG (S. 1007); Badura, a. a. O., S. 286; vgl. auch Kopp, VwVfG, 1. und 2. zu § 42, und Knack, VwVfG, § 42, Rdz. 3.1

2) So Badura, a. a. O., S. 286.

3) Zu den folgenden Ausführungen vgl. die Übersicht, die Richard Bartlsperger, Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts. Zur Auslegung des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG sowie zu den Urteilen des BVerwG vom 6.12.1967 (DVB1. 1968, 651) und vom 13.6.1969 - IV C 80.67 in DVB1. 1970, 30, zum Meinungsstand gibt.

- 4) Insb. Henke, a. a. O., S. 65: "... denn Zuständigkeits- und Verfahrensnormen bilden die innere Ordnung des Behördenwesens und dienen nicht dem Individualinteresse des Bürgers."; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 36, S. 162; andeutungsweise auch Becker/Luhmann, a. a. O., S. 137, 233, 237, insb. de lege ferenda; ferner Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183) für das rechtliche Gehör.
- 5) Ule, Verwaltungsreform, S. 71 ff.; Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (515 ff.); Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 61 (1970), 274 (289).

Rechtsprechung¹⁾ und h. M.²⁾ folgen ganz überwiegend einer mittleren Linie, indem sie maßgeblich auf den der jeweiligen Verfahrensnorm zugrundeliegenden Schutzzweck abstellen, der im Wege der Auslegung ermittelt wird. Ein subjektives Recht kann demnach nur dort angenommen werden, wo der Gesetzgeber den einzelnen durch Einräumung einer Verfahrensposition nicht nur tatsächlich begünstigt, sondern diese Begünstigung - zumindest auch - gewollt hat.

Für die Interpretation des § 46 VwVfG ergibt sich daraus folgendes: Wenn der Gesetzgeber mit § 46 VwVfG die oben an erster Stelle genannte Ansicht hätte festschreiben wollen, so hätte er dies - da es sich um eine ausgesprochene Mindermeinung handelt - sicher im Gesetzgebungsverfahren deutlich herausgestellt, zumindest aber auf die intendierte Abweichung von der bislang h. M. hingewiesen. So aber ist einziges Indiz für eine möglicherweise in diese Richtung gehende Absicht des Gesetzgebers ein Satz der Begründung zum Musterentwurf³⁾, der zudem nicht alle Zweifel ausräumt⁴⁾ und in den Regierungsentwurf von 1973 nicht mehr übernommen worden ist.⁵⁾

1) BVerwGE 5, 18 (21); 6, 33 (36); 9, 69 (73); 11, 195 (202); 28, 268 (270 f.); BVerwG, Urt. vom 13.6.1969, DVBl. 1970, 60; BVerwG, Urt. vom 14.12.1973, NJW 1974, 813 (814); VGH Baden-Württemberg, Urt. vom 24.7.1963, BadWürttVwBl. 1964, 126 (127); LVG Düsseldorf, Beschluß vom 17.5.1956, ZBR 1956, 191 (192) bez. sachlicher Zuständigkeit; VG Sigmaringen, Urt. vom 17.9.1962, DVBl. 1963, 824 (826).

2) Bühler, a. a. O., S. 49 f.; Wanner, a. a. O., S. 20 ff.; Neuser, a. a. O., S. 82, 85 f. iVm Anm. 28; Jose, a. a. O., S. 131 iVm S. 19 ff.; Naumann, DVBl. 1952, 406 f.; für Zuständigkeitsvorschriften: Forsthoff, a. a. O., S. 233; Mußnug, a. a. O., S. 43 ff.; Klaus Vogel, Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Bd. 1 (hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg), Köln-Berlin-Bonn-München 1969, S. 127 (157 f.); Brunner, DÖV 1969, 773 (777 ff.); Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 3 Rdn. 1; für rechtliches Gehör: Renkl a. a. O., S. 56 ff., insb. S. 58 f.; Voucko, a. a. O., S. 52 Anm. 103; für die Begründungspflicht: Voucko, a. a. O., S. 51 f.; Kopp, VwVfG, 2. b) zu § 9.

3) Einzelbegr. zu § 36, S. 162: "Denn es geht nur darum, daß der sachlich richtig beschiedene Bürger durch das fehlerhafte Verfahren nicht in "seinen Rechten verletzt" wird (...).".

- 4) Vgl. die Verweisung a. a. O. auf die Einzelbegr. zu § 35, S. 159, wo ausgeführt ist, die dogmatisch-konstruktive Problematik des § 35 EVwVerfG 1963 sei "allenfalls von rechtstheoretischem, nicht aber von praktischem Interesse".
- 5) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66.

Hinzu kommt, daß in der Rechtslehre die Einsicht an Boden gewinnt, der Gesetzgeber sei nicht frei in der Ausgestaltung von formellem Recht als subjektives oder bloß objektives Recht; vielmehr setze ihm die Verfassung hierbei Grenzen.

Insbesondere Dieter Lorenz hat sich im Rahmen seiner Arbeit "Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie" eingehend mit der Problematik des subjektiven öffentlichen Rechts auseinandergesetzt.¹⁾

Ausgangspunkt seiner Darlegungen ist das Menschenbild des Grundgesetzes, das es dem Staat verbiete, den einzelnen zum Objekt hoheitlichen Handelns zu machen. Deshalb sei es erforderlich, "ihm innerhalb des Vollzugs der objektiven Rechtsordnung grundsätzlich eine subjektive Stellung einzuräumen, bezüglich deren er nicht von der Rechtstreue eines für ihn handelnden Staatsorgans abhängt und auf deren Grundlage er zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung instandgesetzt wird." Diese Position werde durch die Figur des subjektiven öffentlichen Rechts vermittelt, welches dem einzelnen immer dann zur Verfügung stehen müsse, wenn er "durch die Anwendung eines Gesetzes in seinem Eigenbereich berührt" wird.²⁾

Daher erwachse ihm "bei Vorliegen der Voraussetzungen für das Entstehen einer subjektiven Stellung - der Berührung des dem einzelnen zukommenden Lebensbereichs - kraft Verfassung ein subjektives öffentliches Recht", das der Gesetzgeber nicht ausschließen könne.³⁾

Lorenz ergänzt diese Überlegungen von Art. 19 IV GG her.⁴⁾ Auch diese Norm gehe vom Bestehen subjektiver Rechte aus.⁵⁾ Wenn nun dem Bürger zur Verteidigung dieser Rechte die gerichtliche Klagemöglichkeit als "denkbar stärkste Waffe" zur Verfügung gestellt werde, so wirke dies zwangsläufig auf die Grundlage gerichtlichen Rechtsschutzes, "die materielle Garantie subjektiver öffentlicher Rechte", zurück, und zwar in der Form der "Statuierung strikten Rechts", nicht nur durch Begründung einer Vermutung. Es könne

1) S. 51 ff. Vgl. hierzu auch Bartlsperger, DVBl. 1970, 30 ff. und dens., Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch. Bd. 60 (1969), 35 - 63 (47 ff.).

2) S. 51 f.

3) Lorenz, a. a. O., S. 55; ebenso Bartlsperger, DVBl. 1970, 30 (32 f.).

4) A. a. O., S. 56 ff.

5) A. a. O., S. 56.

nicht angenommen werden, daß es der Gesetzgeber in der Hand haben solle, "die verfassungskräftige Rechtsschutzgarantie nach freiem "Ermessen" durch den Ausschluß subjektiver Rechte zu entwerten ("auszuhöhlen")" ¹⁾.

Lorenz stellt zusammenfassend eine Festlegung des subjektiven öffentlichen Rechts auf der Verfassungsebene fest, und zwar durch das "Zusammenwirken von materiellem Rechtsstaat und Rechtsschutzgewährleistung" ²⁾. Für eine gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit im Rahmen des von der h. L. in den Vordergrund gerückten "Schutzzweckgedankens" bleibe kein Raum mehr. Maßgeblich sei allein, ob das jeweilige Gesetz "eine Berührung des individuellen Lebenskreises" des einzelnen zur Folge habe. ³⁾

Bezogen auf die Vorschriften des formellen Rechts bedeutet das: Weil diese - wie in Teil I nachgewiesen - den individuellen Lebenskreis im Sinne von Lorenz berühren und damit schon von Verfassungen wegen subjektive Rechtsqualität besitzen, war es dem Gesetzgeber gar nicht möglich, ihnen diesen Charakter durch § 46 VwVfG abzuerkennen.

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß die Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts in ihrer modernen Form eine Deutung des § 46 VwVfG im Sinne der "Rechtsverletzungstheorie" ausschließt. ⁴⁾

1) A. a. O., S. 56 f. Für eine bloße Vermutung dagegen BVerfGE 15, 275 (282); Kopp, VwVfG, 2. zu § 22.

2) A. a. O., S. 56. Ebenso Bartlsperger, DVBl. 1970, 30 (32), der jedoch nur auf Art. 19 IV GG abstellt.

3) Lorenz, a. a. O., S. 59 f.

4) So auch Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 6: "Mangels eines Anspruchs des Klägers können sie (sc. die Gerichte im Falle des § 46 VwVfG) einen VA trotz Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung des Klägers durch den Verfahrens- oder Formfehler nicht aufheben." (Hervorhebung des Verfassers).

Dieselben Erwägungen sprechen gegen diejenige Unterart der "Rechtsverletzungstheorie", die im Falle einer auf formelle Fehler ohne denkbare Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt gestützten Klage die Klagebefugnis (§ 42 II VwGO) verneint. Denn wenn formelle Vorschriften subjektive öffentliche Rechte gewähren, eröffnen sie auch die Klagebefugnis, weil der Kläger geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein.¹⁾

Soweit eine andere Variante der Rechtsverletzungstheorie das Rechtsschutzbedürfnis verneint, gilt folgendes:

Die Meinungsrichtung, die unter diesem Aspekt die Rechtsfolgenproblematik formeller Fehlerhaftigkeit bei inhaltlicher Alternativlosigkeit löste²⁾, blieb vor Inkrafttreten des § 46 VwVfG eine ausgesprochene Mindermeinung.

Gegen sie wurde vor allem eingewandt, sie mache die Zulässigkeit einer Klage davon abhängig, daß dieselbe begründet sei. Denn erst bei Feststellung der sachlichen Auswirkung des formellen Mangels und damit der materiell-rechtlichen Fehlerhaftigkeit lasse sich nach dieser Ansicht das Rechtsschutzbedürfnis bejahen. Die Zulässigkeit einer Klage könne aber nicht von ihrer Begründetheit abhängen; sie beurteile sich vielmehr ausschließlich nach Prozeßrecht.³⁾

Weiter wurde die Ansicht geäußert, die Interessen des Bürgers verlangten auch im Falle bloß formeller Fehlerhaftigkeit eine "Kontrolle verwaltungsinterner Korrektheit"⁴⁾. Eine solche ist jedoch nur dann gegeben, wenn das Gericht die Klage als zulässig bewertet und in eine Sachprüfung eintritt.

1) Im Ergebnis ebenso Eyermann/Fröhler, a. a. O., § 42 Rdn. 90.

2) Vgl. die Nachweise in § 10 I. 3) b).

3) Wanner, a. a. O., S. 14 f.; VG Sigmaringen, Urt. vom 17.9.1962, DVBl. 1963, 824 (826).

4) So Luhmann, Entschädigung, S. 93 f.

Neben dieser Rechtslage, die der Gesetzgeber des VwVfG vorgefunden hat, sprechen ferner sprachlich-terminologische Gründe¹⁾ gegen eine Festschreibung dieser Mindermeinung in § 46 VwVfG. § 44 a VwGO in der Fassung des § 97 Nr. 2 VwVfG sieht vor: "Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen können nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. ..." Nach h. L. ist eine entgegen dieser Bestimmung erhobene Klage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.²⁾ Da diese Vorschrift aber ganz anders formuliert ist wie § 46 VwVfG - § 44 a VwGO schließt die Geltendmachung eines Rechtsbehelfs, § 46 VwVfG einen Anspruch aus - verbietet sich eine Gleichbehandlung unter dem Aspekt des Rechtsschutzbedürfnisses. Mit der h. M.³⁾ ist davon auszugehen, daß § 46 VwVfG erst im Rahmen der Begründetheit einer Klage Bedeutung gewinnt.

(3) Die Darstellung des Meinungsstandes in der Frage der weiteren möglichen Ansatzpunkte des § 46 VwVfG (Rechtswidrigkeit, Unbeachtlichkeit) erfordert einen rechtshistorischen Rückgriff, denn es lassen sich zwei Entwicklungsphasen unterscheiden.

aa) Bis gegen Mitte dieses Jahrhunderts stand im Zentrum der rechtswissenschaftlichen Diskussion um den fehlerhaften Verwaltungsakt die Herausarbeitung der möglichen Rechtsfolgen (Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit, Widerruflichkeit) und deren Abgrenzung gegeneinander.⁴⁾

1) Die folgenden Ausführungen gehören sachlich zu § 10 II. 1).

2) Kopp, VwVfG, 3. a) zu § 97; vgl. auch Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 97 Rdn. 17.

3) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 97 Rdn. 18 iVm § 43 Rdn. 9; Kopp, VwVfG, 1. zu § 46: "Ein entgegen § 46 eingelegter Rechtsbehelf ist nicht unzulässig, wohl aber, soweit die Voraussetzungen nach dieser Vorschrift gegeben sind, unbegründet (...)." (Hervorhebungen im Text).

4) Besonders deutlich Werner Weber, AöR Bd. 34 (1944), 60 (61): "Sie (sc. die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt) wendet vielmehr ihr ganzes Interesse der allerdings schwerwiegenden Frage zu, welche Folgen sich für die Bewertung und Behandlung des Verwaltungsaktes aus seinen Fehlern ergeben."; vgl. ferner Karl Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910, S. 204 ff., 232 ff., 305 ff.; Jellinek, a. a. O., § 11 III. (S. 262 ff.) und IV. (S. 268 ff.); Fleiner, a. a. O., § 13 II. 1. a) (S. 189 ff.)

und c) (S. 208 ff.); Ludwig von Köhler, a. a. O., S. 173 ff.; Cerutti, a. a. O., Bemerkung zu § 135 (S. 43 ff.); Peters, a. a. O., 9. Kapitel IV. (S. 165 ff.); auch noch E. R. Huber, a. a. O., S. 710 ff.; abweichend Andersen, a. a. O., S. 40 ff.. Aus der Rechtsprechung: ProVGE 40, 300 (301) betr. Unzuständigkeit; 70, 311 (313) betr. Begründungspflicht; 99, 194 (198 ff.) betr. persönliche Beteiligung des handelnden Amtsträgers; 106, 55 (58) betr. Anhörungspflicht.

Auf den Begriff der Rechtswidrigkeit selbst als Grundlage der Rechtsfolgenörterung wurden kaum Gedanken verwendet. Man setzte ihn voraus, und zwar in einer alle denkbaren Fehlerarten umfassenden Form. Eine Unterscheidung nach materieller und formeller Fehlerhaftigkeit fand nicht statt.¹⁾

Erst im Rahmen der Rechtsfolgenermittlung gewannen derartig differenzierende Überlegungen Raum, und zwar - etwas vereinfacht dargestellt - unter zwei Aspekten.

Einmal wurde unterschieden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Form- und Verfahrensfehlern²⁾, wobei diese Differenzierung entweder der Abgrenzung von Nichtigkeits- und Aufhebbarkeitsfolge³⁾ oder der Abgrenzung von Unbeachtlichkeit und Aufhebbarkeit⁴⁾ diene.

1) Jellinek, a. a. O., § 11 IV. 2. (S. 279), der zwar Sollvorschriften und ähnliche Regeln als "Ausnahme" bezeichnet, jedoch wohl nicht von der Fehlerhaftigkeit, sondern lediglich von den Fehlerfolgen der Nichtigkeit und Aufhebbarkeit; Fleiner, a. a. O., § 13 II. 1. c) (S. 203 ff.); Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Mit Ermächtigung des Württ. Staatsministeriums herausgegeben von der Kommission für die Landesordnung des Allgemeinen öffentlichen Rechts, Stuttgart 1931, Vorbemerkung zum 3. Titel, S. 247; besonders deutlich Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Mit Ermächtigung des Württ. Staatsministeriums hrsg. von Leopold Hegelmaier, Stuttgart 1936, Begr. zu Art. 91 (S. 79 f.), wo materielle und formelle Rechtswidrigkeit auf gleicher Ebene nebeneinander gestellt werden und eine Differenzierung erst im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung erfolgt; Ludwig von Köhler, a. a. O., S. 173; Werner Weber, AöR Bd. 34 (1944), 60 f.; Peters, a. a. O., 9. Kap. IV. 1. (S. 165 ff.).

2) Andersen, a. a. O., S. 49 ff.; EWVRO 1931, Begr. zu Art. 74, S. 275 f., wo den wesentlichen Formvorschriften bloße Ordnungsvorschriften gegenübergestellt werden; Ludwig von Köhler, a. a. O., S. 179 ff.; E. R. Huber, a. a. O., S. 726. Ebenso ProVGE 106, 55 (58); 70, 311 (313).

3) So Ludwig von Köhler, a. a. O., S. 179 ff.

4) So E. R. Huber, a. a. O., S. 726; unklar Andersen, a. a. O., S. 50 f., 67.

Unklarheit bestand lediglich hinsichtlich des Maßstabes, nach dem sich die Wesentlichkeit bzw. Unwesentlichkeit eines formellen Fehlers bestimmte.¹⁾ Während z. B. Kormann²⁾ zur Abschichtung dieser beiden Fehlermerkmale auf die Gesetzesterminologie (Soll- oder Mußvorschrift) und die Rechtsgrundlage der jeweiligen Verfahrensnorm (Gesetz, Verordnung oder lediglich Verwaltungsanordnung) zurückgreift und Andersen³⁾ den Norminhalt der verletzten Vorschrift in den Vordergrund stellt, ist für Ludwig von Köhler - im Anschluß an den Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg⁴⁾ - ein formeller Mangel nur dann wesentlich, wenn er den Verwaltungsakt derart beeinflußt, daß ohne diesen die Entscheidung in der Sache möglicherweise anders ausgefallen wäre.⁵⁾ Mit diesen Darlegungen befindet sich Ludwig von Köhler dogmatisch bereits auf der Höhe der §§ 36 EVwVerfG 1963, 46 VwVfG, wobei er jedoch keinen Zweifel daran läßt, daß dieser Differenzierung lediglich im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung (Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit) Bedeutung zukommt.

Zum anderen wird mit dem Begriff der "Ordnungswidrigkeit" operiert⁶⁾, bei deren Vorliegen die Rechtsfolge der Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit ausgeschlossen, der formelle Mangel für den Bestand des Verwaltungsaktes also unbeachtlich sein soll. Wodurch sich diese Ordnungswidrigkeit von der - für die Rechtsfolge relevanten - Mangelhaftigkeit unterscheidet, wird meist nicht präzi-

1) Jose, a. a. O., S. 15 f. kritisiert diese Unterscheidung.

2) A. a. O., S. 260 f.; ähnlich Cerutti, a. a. O., Bemerkung zu § 135 (S. 47).

3) A. a. O., S. 48 ff..

4) Begr. zu Art. 88 EWVRO 1931, S. 300.

5) A. a. O., S. 181.

6) EWVRO 1931, Vorbemerkung zum 3. Titel "Nichtigkeit der Verwaltungsakte", S. 247, und Begr. zu Art. 74, S. 275 f.; Kormann, a. a. O., S. 204; ähnlich PrOVGE 66, 336 (337 f.): bloß "instruktionelle Bedeutung" der Begründungspflicht; 68, 428 (434): bloß "instruktionelle Bedeutung" des Zustimmungserfordernisses in § 6 Fluchtliniengesetz.

siert, sondern nur tendenziell angedeutet.¹⁾

Zu erläutern ist noch die Bedeutung, die dem Begriff der Rechtswidrigkeit in diesem Entwicklungszeitraum zukommt. Während einige Autoren diesen Terminus überhaupt nicht benutzen, sondern ihn vollständig durch den der Fehlerhaftigkeit ersetzen²⁾ bzw. beide Begriffe gleichbedeutend nebeneinander verwenden³⁾, kennzeichnen andere⁴⁾ damit die materiell-rechtliche Fehlerhaftigkeit (im Gegensatz zur formell-rechtlichen), ohne aber die Rechtsfolgenproblematik der formellen Fehlerhaftigkeit insgesamt auf die Begriffsebene der Rechtswidrigkeit vorzuverlagern.

Abschließend ist anzumerken, daß die Autoren, die diese Epoche prägten, an die herrschende Rechtspraxis des 19. Jahrhunderts anknüpfen konnten. Wie Hans-Uwe Erichsen⁵⁾ nachgewiesen hat, wurden Verletzungen von Zuständigkeits-, gesetzlichen Form- und Verfahrensregelungen in zunehmendem Maße als Fehlerhaftigkeitstatbestände infolge Verstoßes gegen formelles Recht anerkannt. Für den Fall der Zuständigkeitsverletzung wurde ausdrücklich hervorgeho-

-
- 1) Als bloßer Verstoß gegen - weniger gewichtige und meist nicht zwingende - Ordnungsvorschriften: Kormann, a. a. O., S. 204; EWVRO 1931, Begr. zu Art. 74, S. 275 f..
 - 2) So Fleiner, a. a. O., § 13 II. 1. a) (S. 189 ff., insb. S. 203 ff.) und c) (S. 208 ff.); Kormann, a. a. O., S. 204 ff., 232 ff., 305 ff.; Peters, a. a. O., 9. Kap. IV. (S. 165 ff.), der nur im Zusammenhang mit Ermessensfehlern den Begriff der "Rechtswidrigkeit" verwendet (vgl. 1. Kap. III. 2. (S. 11 ff.))
 - 3) Z. B. E. R. Huber, a. a. O., S. 666, 614 und 741.
 - 4) Ludwig von Köhler, a. a. O., S. 184: "sachlich rechtswidrige Verwaltungsakte", S. 194: "Rechtswidrigkeit des Inhalts des Verwaltungsakts", "sachliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts"; ähnlich S. 195 f.; EWVRO 1931, Vorbemerkung zum 3. Titel, S. 269, 273; Werner Weber, AöR Bd. 34 (1944), 60 (63, 75, 76 Anm. 12, 84); beiläufig auch Jellinek, a. a. O., § 11 IV. 2. (S. 279), wenn er von "Rechtswidrigkeiten in der Sache" spricht.
 - 5) Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß - ein dogmengeschichtlicher Beitrag zu Rechtsbindung, Rechtswidrigkeit und Rechtsschutz im Bereich staatlicher Eingriffsverwaltung - , Frankfurt/Main 1971, S. 180 ff., insb. S. 182, 184 f..

ben, daß es insoweit auf die materielle Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung nicht mehr ankomme.¹⁾²⁾

bb) Nach der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Anschluß an den zweiten Weltkrieg, insbesondere aber nach Inkrafttreten der VwGO im Jahre 1960 setzte eine neue Entwicklung ein. Während die Lehre von der Unbeachtlichkeit im wesentlichen die Tradition der bis dahin herrschenden, oben im einzelnen beschriebenen Lehre fortführte, verlagerte die Lehre von der "formellen Rechtswidrigkeit"³⁾ die Problematik der formellen Fehlerhaftigkeit ohne potentielle Auswirkungen auf den Entscheidungsinhalt von der Rechtsfolgeenseite auf die vorgeschaltete Begriffsebene der Rechtswidrigkeit. Die diese Meinungsrichtung repräsentierenden Autoren setzen jede formelle Rechtsverletzung zunächst in Beziehung zur materiell-rechtlichen Richtigkeit der Entscheidung. Nur wenn die Möglichkeit einer Auswirkung des Verfahrensverstosses auf den Entscheidungsinhalt besteht oder besser: nicht ausgeschlossen werden kann, wenn also der Fehler "erheblich", "wesentlich" ist, soll er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes begründen. Verwaltungsakte hingegen, die ausschließlich in ihrer "Entstehungsgeschichte" Mängel aufweisen⁴⁾, ohne daß dieselben auch auf die materielle Seite durchschlagen, sollen nicht rechts-

1) Vgl. Erichsen, Grundlagen, S. 185.

2) Bezüglich der rechtlichen Regelungen fehlerhaften hoheitlichen Staatshandelns bis zum Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation führt Erichsen, Grundlagen, S. 86 f., aus: "Weitgehend unbeantwortet blieb die Frage, ob auch die Verletzung von Verfahrensrecht bei Ausübung der Staatsgewalt zur gerichtlichen Korrektur führen kann. Vereinzelt wird eine Korrekturmöglichkeit angenommen, wenn bei Ausübung der Staatsgewalt zu Lasten des Untertanen gegen den "rechtlich vorgeschriebenen modum procedendi verfahren wurde"."

3) So die Terminologie Haueisens, DVBl. 1966, 773 (776 Anm. 23). Vgl. oben S. 89.

4) So die Formulierung von BVerwGE, Urt. vom 13.2.1970, Buchholz 11, Art. 14 GG Nr. 106 (S.129).

widrig sein¹⁾.

Soweit ersichtlich, bemühten sich nur Groschupf²⁾ und Czermak³⁾ um eine dogmatische Fundierung der "Lehre von der (bloß) formellen Rechtswidrigkeit". Beide Autoren⁴⁾ gehen davon aus, daß die Verwaltungsgerichte - wie auch die Zivilgerichte - über Ansprüche des sachlichen Rechts zu entscheiden haben, entweder Ansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung oder umgekehrt Ansprüche der Verwaltung gegen den Bürger. Verwaltungsverfahrensfehler aber seien ohne Bedeutung für materiell-rechtliche Ansprüche. Dies gelte auch für die Anfechtungsklage. Daß hier eine Vorentscheidung der Verwaltung in Gestalt eines Verwaltungsaktes vorliege, bewirke lediglich eine "Umkehrung der Parteirollen im Prozeß"⁵⁾, ändere aber nichts daran, daß auch insoweit die Verwaltung gegen den Bürger sachliche Ansprüche geltend mache. Der Verwaltungsrichter entziehe sich aber seiner Verpflichtung zur Sachentscheidung, wenn er einen Verwaltungsakt allein wegen eines Verfahrensfehlers aufhebe.

T) Vertreter dieser - später von Badura und Götz (vgl. S. 89 Anm. 1) fortgesetzten - Rechtswidrigkeitslehre waren: Franz Mayer, Verwaltungsrecht, S. 102 ff.; Hans Julius Wolff, DVBl. 1959, 75; Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630); ders. DöV 1964, 189 (193); Czermak, NJW 1963, 703; Stürer, DöV 1974, 257 (263); Pietzner, JA 1975, 249 (253) = ÖR 65 (69), jedoch auf der Grundlage eines abw. Rechtswidrigkeitsbegriffes; für Zuständigkeitsfehler Mußgnug, a.a.O., S. 56 f., 59; für Verletzungen der behördlichen Aufklärungspflicht Berg, Die Verwaltung 1976, 161 (187).

Vgl. auch Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183) für das rechtliche Gehör; Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (94f.), der allerdings Rechtswidrigkeit im Sinne des § 113 I 1 VwGO mit "Aufhebungswürdigkeit" gleichsetzt und eine weitere Einschränkung für "absolute" Verfahrensvorschriften macht. Gegen diese Konzeption ausdrücklich Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 10. Unklar Bachof, VerfR II, Nr. 346 (S. 328 f.); Papier, a.a.O., S. 10; Rasch/Patzig, a.a.O., S. 43.

2) DVBl. 1962, 627 ff..

3) NJW 1963, 703 f..

4) Groschupf, DVBl. 1962, 627 (629 f.) ; Czermak, a.a.O., S. 703.

5) Czermak, a.a.O., S. 703.

Groschupf¹⁾ sieht diese Erkenntnis durch eine weitere Überlegung bestätigt. Aus den Gesetzesmaterialien der VwGO ergebe sich für den Richter ein Verbot der Zurückverweisung an die Verwaltungsbehörde, das den Verwaltungsrichter hindere, einen Verwaltungsakt allein wegen eines formellen Fehlers aufzuheben. Denn eine derartige Aufhebung komme einer Zurückverweisung der Sache an die Ausgangsbehörde gleich, weil diese nun im Rahmen eines weiteren Verfahrens erneut in der Sache entscheiden müsse.

Mit dieser Argumentation läßt sich die Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit nicht halten. Groschupf und Czermak unterschätzen die Bedeutung der Zwischenschaltung eines Verwaltungsaktes für die Dogmatik der formellen Fehlerhaftigkeit. Das VG Sigmaringen hat zutreffend dargelegt²⁾, im Unterschied zu den Zivilgerichten entschieden die Verwaltungsgerichte "über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen, die Inhalt eines Verwaltungsaktes sein können, nicht isoliert". Der Streit um das Bestehen des Anspruchs müsse sich vielmehr "zuvor in einem Verwaltungsakt so konkretisiert" haben, "daß ohne Anrufung des Gerichts eine verbindliche Regelung über den Anspruch getroffen wäre."³⁾ Die Bedeutung des Verwaltungsaktes erschöpft sich also nicht in einer Umkehrung der Parteirollen.

Die Lehre Groschupfs und Czermaks vermag weiter nicht zu begründen, warum im Falle bloßer formeller Fehlerhaftigkeit bereits die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes entfallen, die Mangelhaftigkeit also nicht erst im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung Relevanz gewinnen soll. Groschupfs und Czermaks Anliegen, in jedem Falle eine Sachentscheidung des Verwaltungsgerichts herbeizuführen und auf diese Weise eine "Zurückverweisung" der Sache zu vermeiden, wäre ebenso bei Zugrundelegung einer Theorie Rechnung getragen, welche die Rechtswidrigkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte ohne Auswirkung auf die Sachrichtigkeit nicht leugnet, aus dieser aber keine Rechtsfolgen resultieren läßt.

1) DVBl. 1962, 630; ebenso Papier, a. a. O., S. 18. Vgl. auch BSGE 24, 134 (137 f.) für den Geltungsbereich des Sozialgerichtsgesetzes.

2) Urt. vom 17.9.1962, DVBl. 1963, 824 (826).

3) Kritisch zum Ansatz von Groschupf und Czermak Haueisen, DOK 1972, 611 (614).
Wie Groschupf und Czermak dagegen Bettermann, DVBl. 1963, 826 (827) unter Hinweis auf §§ 75 VwGO, 54 V SGG.

Eine Parallele findet die Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit in der Dogmatik der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte.¹⁾

Im Rahmen des Rücknahmerechts galt ein Verwaltungsakt prinzipiell als rechtswidrig, wenn er im Widerspruch mit dem geltenden Recht zustande gekommen war oder bestand. Bei Anwendung dieses Rechtswidrigkeitsbegriffes war ein Verwaltungsakt, der nur eine unerhebliche Formvorschrift verletzte, sonst aber rechtmäßig ergangen ist, ebenso frei rücknehmbar wie ein materiell-rechtlich grob fehlerhafter Verwaltungsakt. Da die Rechtsprechung dieses Ergebnis für praktisch unbefriedigend hielt, half sie sich zunächst damit, daß sie im Rahmen des Rücknahmerechts den Begriff der Rechtswidrigkeit einengte und bloße formelle Fehler weitgehend ausklammerte.²⁾

Diese Methode der Rechtsprechung stieß auf Kritik. Sie sah sich dem Vorwurf der "Manipulation des Begriffs der Rechtswidrigkeit" ausgesetzt.³⁾

Diesen Bedenken zum Trotz verallgemeinert die Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit diesen Ansatz der Rechtsprechung und verneint für alle Arten von Verwaltungsakten - belastende wie begünstigende - die Rechtswidrigkeit im Falle formeller Fehlerhaftigkeit ohne sachlich-rechtliche Auswirkungen.

1) Zum folgenden vgl. Ossenbühl, Rücknahme, S. 15 ff. mwN; dens., DÖV 1964, 511 (512).

2) Zu diesem Ansatz der Rechtsprechung vgl. auch Bachof, VerfR II Nr. 344 und 345 (S. 327) (zu BVerwGE 6, 1 (5) und 18, 168); ferner Haueisen, NJW 1960, 1881 (1882).

3) So Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (512).

Die wohl immer noch h. M.¹⁾ setzt die oben unter aa) dargestellte überkommene Lehre fort. Auf der Grundlage eines alle denkbaren Fehlerarten - gleich, ob materieller oder formeller Natur - umfassenden Rechtswidrigkeitsbegriffes löst sie das Problem der formellen Fehlerhaftigkeit ohne inhaltliche Auswirkungen erst im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung.

Innerhalb dieser h.L. ist freilich heftig umstritten, ob formelle Mängel bei materiell-rechtlicher Rechtmäßigkeit die Aufhebung des Verwaltungsaktes begründen oder für dessen Bestand unbeachtlich sein sollen.²⁾ Dieser Streitpunkt ist hier nicht weiter von Interesse und bleibt daher einstweilen unerörtert.³⁾

1) Obermayer, Grundzüge, S. 115: "Ein Verwaltungsakt ist dann fehlerhaft und damit rechtswidrig, wenn er verfahrensrechtlich oder materiellrechtlich - d. h. im Hinblick auf sein Zustandekommen oder seinen entscheidenden (im Verfügungssatz festgelegten) Inhalt - dem geltenden Recht widerspricht." (Hervorhebung im Text); ähnlich auch noch S. 119; Ossenbühl, Rücknahme, S. 6, 15, 28 f.; Püttner, a. a. O., S. 102 ff., insb. S. 106; Bernd Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Freiburg i. Br. 1956, S. 110 ff.; Christian-Friedrich Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte (Hrsg.: K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner), 3. Bd. 2. Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959, S. 717 (751); ders., System, S. 123, 134; Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S. 202, 207; Becker/Luhmann, a. a. O., S. 88 ff.; Hans Peter Ipsen, a. a. O., S. 22 f.; Wanner, a. a. O., S. 10 ff., 18 ff.; Jose, a. a. O., S. 7 f., 19 ff., 131 ff.; Carl Hermann Ule, Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel, in: Recht - Staat - Wirtschaft, 3. Bd. (hrsg. von Hermann Wandersleb), Düsseldorf 1951, S. 270 ff.; ders., Hat sich der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg bewährt? DVBl. 1960, 609 (613); Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 56 (1965), 177 (191 f.) und Bd. 57 (1966), 270 (276 ff.); Bachof, VerfR I, Teil 2 c 28 (S. 265); Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (229 Anm. 42); Kimminich, JuS 1965, 249 (251); Fritz Hauelsen, Die Rücknahme von Verwaltungsakten als Kodifikationsproblem, DVBl. 1964, 11 (13 f.); ders., DVBl. 1966, 773 (775 f. iVm Anm. 23); ders., DOK 1972, 611 (614); ders., DÖV 1973, 653 (656); anders aber ders., NJW 1960, 1881 (1883 Anm. 27); Schick, JuS 1971, 1 (7); Brunner, DÖV 1969, 773 (776); Feneberg, DVBl. 1965, 222 (223); Christian Heinze, Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten, VerwArch. Bd. 52 (1961), 275 (292 ff.) und DÖV 1967, 33 (34, 42, 46); Elmar Schuegraf, Der mehrstufige Verwaltungsakt, NJW 1966, 177 (180 f.).

2) Vgl. die Nachweise von Rechtsprechung und Literatur bei Kopp, VwVfG, 1. zu § 46.

3) Vgl. hierzu ausführlich im Rahmen der Kritik des § 46 VwVfG, Teil III 1. Kapitel.

Soweit die Vertreter der h. M. ihre Ansicht überhaupt begründen, geschieht dies im wesentlichen mit folgenden Argumenten. Rechtswidrigkeit bedeute "Inkongruenz zwischen Sollen und Sein, m. a. W. Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht" und sei daher "schlechthin unteilbar". Die Qualität des Fehlers könne aus diesem Grund "auf die Rechtswidrigkeit keinen Einfluß haben, sondern allenfalls auf die aus der Rechtswidrigkeit zu ziehende Rechtsfolge (z. B. Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Unbeachtlichkeit)".¹⁾

Weiter wird vorgetragen²⁾, Verfahrensvorschriften seien dazu geschaffen, den Inhalt der Verwaltungsakte zu beeinflussen, und hätten deshalb auch materielles Gewicht, das es nicht erlaube, im Falle ihrer Verletzung die Rechtswidrigkeit zu leugnen.

Hauelsen³⁾ schließlich argumentiert, die "Sicherheit des Verwaltungsverfahrens" gehöre zu den Anforderungen, die der Rechtsstaat stelle. Deshalb müßten auch Verstöße gegen das Verwaltungsverfahren zur Rechtswidrigkeit führen.

Die Rechtsprechung folgt keiner klaren Linie.⁴⁾ Während ein Teil der neueren Entscheidungen in Übereinstimmung mit der oben dargestellten Mindermeinung bereits die Rechtswidrigkeit ausschließlich formell fehlerhafter Verwaltungsakte verneint⁵⁾, folgen andere Urteile⁶⁾ der h. M., indem sie die Problematik der formellen Fehlerhaftigkeit erst im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung behandeln und lösen.

1) Ossenbühl, Rücknahme, S. 28 (Hervorhebung im Text). Vgl. auch Wolff/Bachof I, § 51 IV. e) 1. (S. 434): "Die Behauptung, ein unter Verstoß gegen Form- oder Verfahrensvorschriften zustande gekommener VA sei "nicht rechtswidrig", beruht auf einer Verwechselung der Rechtswidrigkeit mit ihren Folgen und auf der ungenügenden Unterscheidung von VA als Vorgang und als Inhalt." (Hervorhebungen im Text).

2) Heinze, DÖV 1967, 33 (42).

3) DÖV 1973, 653 (656).

4) Auf die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung weisen besonders hin: Kopp, VwVfG, 1. zu § 46. und Papier, a. a. O., S. 10.

5) BVerwGE 5, 79 (83 f.); 6, 33 (35); 19, 216 (221); 29, 282 (283); BVerwG, Urt. vom 13.2.1970, Buchholz 11, Art. 14 Nr. 106, S. 128 (129); OVG Münster, Urt. vom 22.9.1958, DVBl. 1959, 72 (74); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. vom 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (539).

- 6) BVerwGE 9, 69 (72); 24, 23 (32); ähnlich auch 11, 195 (199) und 22, 342 (347); vgl. ferner BSGE 24, 134 (137) und 26, 177 (179); BayVGH n. F. 4, 164 (173); VGH Bebenhausen, Urt. vom 30.5.1956, VerwRspr. Bd. 9, 663 (= Nr. 143) (LS 1. und S. 664 f.).

Zahlreiche Entscheidungen¹⁾ lassen ihren dogmatischen Ausgangspunkt völlig offen und beschränken sich darauf, die Frage zu erörtern, ob der formell fehlerhafte Akt der Aufhebung unterliegt oder nicht.²⁾

Für die Interpretation des § 46 VwVfG lassen sich aus dem Meinungsstand, der zur Zeit der Normschöpfung erreicht war, folgende Schlüsse ziehen. Die h. M. vertrat eine Position, die - auf der Grundlage eines alle Fehlerarten umspannenden Rechtswidrigkeitsbegriffes - das Problem der formellen Fehlerhaftigkeit von der Rechtsfolgenseite des § 113 I 1 VwGO her anging. Die Rechtsprechung kann dabei außer Betracht bleiben, da sie rechtsdogmatisch allzu unergiebig ist.

Es kann davon ausgegangen werden, daß diese - dem Gesetzgeber bekannte - Ausgangslage in § 46 VwVfG ihren Niederschlag gefunden hat. Andernfalls hätte im Rahmen der Gesetzesberatungen wohl eine intensivere Auseinandersetzung um die dem § 46 VwVfG zugrunde zu liegende Richtung stattgefunden.

Die historische Auslegungsmethode im weiteren Sinne bestätigt damit die Teilergebnisse, die im Wege der sprachlichen und systematischen Auslegung gewonnen wurden.

1) Besonders deutlich BVerwG, Urt. vom 20. April 1972, VIII C 55.68, wo sowohl auf BVerwGE 24, 23 (32) wie auch auf 29, 282 (283 ff.) verwiesen wird, obwohl diese beiden Entscheidungen dogmatisch gegensätzliche Positionen einnehmen; ferner auch BVerwGE 26, 145 (148); BVerwG, Urt. vom 22.10.1964, ZBR 1965, 151 (152); BSGE 26, 170 (174); 36, 181 ff.; VGH Baden-Württemberg, ESVGH 10, 12 (15, 18 f.); ESVGH 10, 172 (174); ESVGH 11, 166 (167); Urt. vom 24.7.1963, BadWürttVwBl. 1964, 126 (127); OVG Lüneburg, OVG 21, 498 (499, 507); Urt. vom 13.3.1973, DÖV 1974, 67; OVG Hamburg, Urt. vom 23.11.1959, MDR 1960, 346 (347).

2) Die dogmatische Unsicherheit der Rechtsprechung wird auch daran erkennbar, daß BVerwGE 29, 282 (283) - ein Beispiel für die Richtung, die am Merkmal der Rechtswidrigkeit ansetzt - sich auf BVerwGE 24, 23 (32) beruft, obwohl diese Entscheidung mit einem undifferenzierten Rechtswidrigkeitsbegriff auf einer Linie mit der h. L. operiert.
Vgl. hierzu auch Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 10: nur eine vom normalen Sprachgebrauch abweichende Deutung des Rechtswidrigkeitsbegriffes in § 113 I 1 VwGO macht die Diskrepanz zwischen diesen beiden Entscheidungen verständlich.

4) Die teleologische Auslegungsmethode, die nach h.M.¹⁾ ausschlaggebend für die Ermittlung des Normsinns ist, liefert unmittelbar keine verwertbaren Aspekte.

Das Ziel des § 46 VwVfG nämlich, die Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte im Falle sachlicher Alternativlosigkeit aus prozeßökonomischen Gründen zu verhindern²⁾, stellen alle zu § 46 VwVfG vertretenen Ansichten in gleicher Weise sicher. Folgende Überlegungen³⁾ bestätigen jedoch die Richtigkeit der Theorie von der Unbeachtlichkeit, wie sie die h. M. vertritt. Das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit in § 113 I 1 VwGO gibt keinen geeigneten Rahmen für die Erörterung der Frage ab, ob der formelle Mangel den Inhalt des Verwaltungsaktes möglicherweise beeinflusst hat. Die Rechtswidrigkeit ist einer derartigen Relativierung nach verfahrensökonomischen Gesichtspunkten nicht zugänglich. Als Anknüpfungspunkt solcher Erwägungen bietet sich vielmehr die Rechtsfolgenseite des § 113 I 1 VwGO an, in deren Rahmen Zweckmäßigkeitsüberlegungen - auch verfahrenswirtschaftlicher Natur - von jeher eine maßgebende Rolle gespielt haben.^{4) 5)} In Literatur und Rechtsprechung besteht zudem breite Übereinstimmung darüber, daß sich Verwaltungsverfahrensrecht und materielles Verwaltungsrecht rechtsbegrifflich nicht präzise trennen lassen, also keine exakt abgrenzbaren Normbereiche darstellen, sondern zahlreiche Überschneidungen aufweisen, die eine eindeutige Zuordnung vielfach unmöglich machen.⁶⁾ Dies schließt es aus, das Vor-

1) Larenz, a.a.O., S.322.

2) BT- Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S.66.

3) Zur methodischen Zulässigkeit solcher Erwägungen vgl. Larenz, a.a.O., S. 322 ff., insb. S. 324, 334 (Vermeidung von Wertungswidersprüchen als Teilaspekt teleologischer Interpretation).

4) Besonders deutlich Försthoff, a.a.O., S. 226: " Der Unterschied (sc. zwischen Nichtigkeit und Aufhebbarkeit) ist ein gradueller und beruht auf Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit."

5) Denselben Gedankengang deuten auch Ossenbühl, Rücknahme, S. 28 f., und Bachof, VerfR I, Teil 2 C 28 (S.265) an.

6) Vgl. hierzu ausführlich § 17 I. Dieser Gesichtspunkt spricht nicht nur gegen die " Lehre von der (bloß) formellen Rechtswidrigkeit", sondern generell gegen eine unterschiedliche Behandlung materieller und formeller Rechtsverstöße.

liegen der Rechtswidrigkeit u. a. davon abhängig zu machen, ob ein Verstoß gegen materielles oder nur gegen Verfahrensrecht vorliegt. Sonst würde beträchtliche begriffliche Unschärfe in das objektive Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit hineingetragen.¹⁾

Als Gesamtergebnis ist somit festzuhalten: § 46 VwVfG ist die normative Ausprägung der "Lehre von der Unbeachtlichkeit". Formelle Fehler ohne zumindest potentielle Auswirkungen auf den Entscheidungsinhalt nehmen dem Verwaltungsakt nicht die Rechtswidrigkeit, sondern schließen nur deren "Beachtlichkeit" im Anfechtungsprozeß an.

1) So auch Voucko, a.a.O., S. 92 Anm. 257: "Verwaltungsverfahrensrecht und materielles Verwaltungsrecht sind stark "ineinander verzahnt" (...). Auch Verfahrensfehler führen daher zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts." (Hervorhebung des Verfassers).

§ 114 LVwG

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 113 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird,
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird,
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird,
4. der Verwaltungsakt nachträglich inhaltlich hinreichend bestimmt wird,
5. der Beschluß des Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefaßt wird oder
6. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) In den Fällen des Abs. 1 Nrn. 3 bis 6 kann die Handlung oder Maßnahme nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage und, falls der Verwaltungsakt in einem Vorverfahren nachzuprüfen ist, nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens nachgeholt werden.

§ 35 Referentenentwurf (Juli 1967)

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 34 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Verwaltungsakt nachträglich inhaltlich hinreichend bestimmt wird;
5. der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefaßt wird;
6. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nummern 3 bis 5 kann die Handlung oder Maßnahme nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage oder, falls der Verwaltungsakt in einem Vorverfahren nachzuprüfen ist, nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens nachgeholt werden.

§ 35 Regierungsentwurf von 1970

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 34 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Verwaltungsakt nachträglich inhaltlich hinreichend bestimmt wird;
5. der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefaßt wird;
6. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen des Absatzes 1 Nr. 3 bis 5 dürfen nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage oder, falls der Verwaltungsakt in einem Vorverfahren nachzuprüfen ist, nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens nachgeholt werden.

§ 41 Regierungsentwurf von 1973

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 40 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefaßt wird;
5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen des Absatzes 1 Nr. 2 bis 5 dürfen nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage oder, falls der Verwaltungsakt in einem Vorverfahren nachzuprüfen ist, nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens nachgeholt werden.

2. Kapitel: § 45 VwVfG

Vorbemerkung

Eine gesonderte Darstellung der Entstehungsgeschichte¹⁾ des § 45 VwVfG erübrigt sich. Insoweit wird auf die Vorbemerkung zu § 10 verwiesen.

1) § 35 EVwVerfG 1963

Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 34 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten spätestens im Widerspruchsverfahren nachgeholt wird;
3. der Verwaltungsakt spätestens im Widerspruchsverfahren inhaltlich hinreichend bestimmt wird;
4. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
5. der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, spätestens im Widerspruchsverfahren gefaßt wird;
6. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

§ 35 EVwVerfG 1966

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 34 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Verwaltungsakt nachträglich inhaltlich hinreichend bestimmt wird;
5. der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefaßt wird;
6. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nummern 3 bis 6 kann die Handlung oder Maßnahme nur bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage und, falls der Verwaltungsakt in einem Vorverfahren nachzuprüfen ist, nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens nachgeholt werden.

§ 45 VwVfG lautet:

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlaß des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefaßt wird;
5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen des Absatzes 1 Nr. 2 bis 5 dürfen nur bis zum Abschluß eines Vorverfahrens oder, falls ein Vorverfahren nicht stattfindet, bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage nachgeholt werden.

(3) Fehlt einem Verwaltungsakt die erforderliche Begründung oder ist die erforderliche Anhörung eines Beteiligten vor Erlaß des Verwaltungsaktes unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsaktes versäumt worden, so gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet. Das für die Wiedereinsetzungsfrist nach § 32 Abs. 2 maßgebende Ereignis tritt im Zeitpunkt der Nachholung der unterlassenen Verfahrenshandlung ein.

§ 11 Dogmatische Natur des Heilungsbegriffes

I. Aktueller Meinungsstand

1) Rainer Pietzner¹⁾ behandelt die Heilung von Form- und Verfahrensfehlern unter der Überschrift "Der unrichtige Verwaltungsakt"²⁾, also in einer Linie mit offenbaren Unrichtigkeiten wie Schreib- und Rechenfehlern, aber auch unerheblichen Verfahrens- und Formfehlern im Sinne des § 46 VwVfG.

1) JA 1975, 249 (251 ff., insb. 253) = UR 65 (67 ff., insb. 69).

2) JA 1975, 249 (251) = UR 65 (67).

Seiner Ansicht nach machen die in § 45 VwVfG näher bezeichneten Fehler den betroffenen Verwaltungsakt nicht rechtswidrig, sondern nur unrichtig.¹⁾²⁾ Die Nachholung der zunächst unterbliebenen Verfahrenshandlung ist demnach eine Form der Berichtigung. In Übereinstimmung mit seiner Auffassung zu § 46 VwVfG³⁾ siedelt Pietzner die Heilungsproblematik bereits im Vorfeld der §§ 113 I 1 VwGO, 48 VwVfG an.

2) a) Die wohl h. M. geht davon aus, daß die formellen Fehler, die § 45 VwVfG aufführt, den Verwaltungsakt zunächst fehlerhaft und rechtswidrig machen. Die Nachholung beseitigt diese Rechtswidrigkeit, mache den Verwaltungsakt also rechtmäßig.⁴⁾

b) Eine Variante dieser überwiegenden Ansicht betont, daß eine Nachholung im Sinne des § 45 VwVfG die Fehlerfreiheit des Verwaltungsaktes lediglich fingiere mit der Folge, daß eine Rücknahme oder anderweitige Aufhebung desselben mangels Rechtswidrigkeit ausscheide.⁵⁾ Im Ergebnis deckt sich diese Meinungsrichtung mit der wohl herrschenden Auffassung.

3) Maurer⁶⁾ sieht in § 45 VwVfG eine reine Rechtsfolgenregelung, welche die - von Anfang an vorhandene - Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes unberührt läßt. Er legt dar, daß sich die Fehlerfolgen nicht auf Aufhebbarkeit und Nichtigkeit beschränken, sondern "differenzierter ausgestaltet" sind. Die Nachholung der in § 45 VwVfG aufgeführten Verfahrenshandlungen begründe die Rechts-

1) JA 1975, 249 (253) = OR 65 (69).

2) Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 44 Abs. 4 weisen auf die Gleichstellung von bloßen Unrichtigkeiten und unbeachtlichen Verfahrens- und Formverstößen durch das VwVfG hin, ohne jedoch der "Unrichtigkeitslehre" zu folgen (vgl. ferner Erl. zu §§ 45, 46).

3) Vgl. § 10 I. 1).

4) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 45 Rdn. 2; Eichler, a. a. O., Erl. 1 zu § 45; Kopp, VwVfG, 2. zu § 45. Ebenso zu § 114 LVwG von der Groeben/Knack, a. a. O., 3.2.2 vor § 112 und 1.2 zu § 114 auf der Grundlage ihres dreigliedrigen Lösungsschemas. Vgl. hierzu ausführlich § 10 II. 3) b) (2). Ebenso zu § 35 EVwVfG 1963 DeJitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (83). Vgl. ferner Knack, VwVfG, § 45 Rdz. 2.

5) Laubinger, JA 1976, 267 = OR 83; Hauelsen, DÖV 1973, 653 (654 Anm. 9); Einzelbegr. des Regierungsentwurfs von 1973 zu § 44, BT-Drucks. 7/910, S. 68; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 37 Abs. 1, S. 165 = Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein vom 22.12.1965, LT-Drucks. Nr. 650/5. Wahlperiode (1962), Begr. zu § 114 Abs. 1, S. 213. Auf eine Heranziehung des schleswig-holsteinischen Regierungs-

entwurfs von 1965 wird künftig verzichtet, da sich dessen Begründung hinsichtlich § 112 mit derjenigen des Musterentwurfs zu § 35 deckt.

6) JuS 1976, 485 (491).

folge der "Unbeachtlichkeit" in gleicher Weise, wie dies bei § 46 VwVfG der Fall sei.¹⁾

Anhand der anerkannten Auslegungsmethoden sollen im folgenden die dargestellten Ansichten auf ihre dogmatische Haltbarkeit untersucht werden.²⁾

II. Eigener Lösungsversuch

1) Die sprachliche Auslegung, die am Terminus "unbeachtlich" anzusetzen hat, spricht auf den ersten Blick für eine Einordnung des § 45 VwVfG auf der Rechtsfolgenseite der §§ 113 I 1 VwGO, 48 VwVfG, insbesondere dann, wenn man die "Lehre von der Unbeachtlichkeit", wie sie in § 10 entwickelt worden ist, in die Betrachtung einbezieht.

Diesem Schluß steht jedoch entgegen, daß die Verwendung des Begriffes "unbeachtlich" im Rahmen des § 45 VwVfG zumindest ungenau ist.

So legt Renkl³⁾ dar, von Unbeachtlichkeit einer Verletzung könne man "streng genommen nur dann sprechen, wenn die Verletzung nicht kausal und deshalb für die Entscheidung ohne Einfluß ist". Unbeachtlichkeit sei demnach nur ein "unkorrektter Ausdruck für Heilung"⁴⁾.

Diese mangelnde sprachliche Exaktheit in der Formulierung des § 45 VwVfG läßt es geraten erscheinen, den Wortlaut dieser Vorschrift nicht allzu sehr zu strapazieren, zumal der sprachlichen Interpretation sowieso nur die Funktion zukommt, den Ausgangspunkt der Auslegungsarbeit zu markieren.

1) Zur Vertiefung von Maurers Ansicht vgl. dens. JuS 1976, 492, 495; ähnlich auch Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 44, zu §§ 45, 46 und zu § 45; Dürig, ZPF 1964, 616 (620); wohl auch Foerster, LVwG, 1. zu § 114.

2) Methodisch gesehen folgt die Untersuchung der gleichen Linie wie § 10 II. Auf gesonderte Nachweise des methodologischen Schrifttums wird aus diesem Grund verzichtet.

3) A. a. O., S. 160.

4) Die zum Gesetzestext gehörende Überschrift des § 45 "Heilung von Verfahrens- und Formfehlern" bestätigt diese Oberlegung Renkls in ihrer Richtigkeit.

2) Die Systematik des VwVfG liefert ebenfalls keine zuverlässigen Hinweise auf die Auslegung des § 45 VwVfG.

Die Stellung der Norm im Abschnitt "Bestandskraft des Verwaltungsaktes" ist deshalb unergiebig, weil dieser Terminus im VwVfG ohne erkennbare Konturen verwendet und auch sonst wenig einheitlich benutzt wird.¹⁾

Die systematische Einordnung in diesen Abschnitt spricht daher lediglich gegen die Auffassung von der bloßen Unrichtigkeit der in § 45 VwVfG geregelten Verfahrensverstöße, nachdem diese bereits in § 42 VwVfG - im Abschnitt "Zustandekommen des Verwaltungsaktes" - grundlegend geregelt ist.

Die systematische Nähe zu § 46 VwVfG allein reicht nicht hin, den Schluß auf eine einheitliche Dogmatik beider Vorschriften zuzulassen, denn diesen liegen ganz verschiedenartige rechtliche Vorgänge bzw. Sachverhalte zugrunde. § 46 VwVfG nimmt Verfahrensfehlern ohne denkbare sachlich-rechtliche Auswirkungen jede "rechtliche Wirkung", während im Falle des § 45 VwVfG der anfänglich vorhandene Fehler nachträglich behoben wird und das Gesetz erst an diese Herstellung rechtmäßiger Zustände Folgen knüpft. Dieser Unterschied²⁾ läßt Vorsicht gegenüber einer unreflektierten Gleichbehandlung beider Bestimmungen angebracht erscheinen.

3) Im Rahmen der historischen Norminterpretation sind die Gesetzesmaterialien zu § 45 VwVfG, Parallelvorschriften anderer Gesetze sowie der Rechtszustand, den der Gesetzgeber bei Schaffung des VwVfG vorgefunden hat, näher zu untersuchen.

a) Die Begründung zum Regierungsentwurf von 1973 macht deutlich, daß das Gesetzgebungsverfahren keine endgültige Klärung der dogmatischen Natur des Heilungsbegriffes gebracht, ja nicht einmal angestrebt hat: "Werden die hier (sc. in § 41 Regierungsentwurf von 1973) aufgezählten Verfahrenshandlungen nachgeholt und damit die Verfahrensfehler geheilt, so wird die Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften für den Bestand des Verwaltungsaktes schlechthin "unbeachtlich". Von einer Bestimmung, daß die nachgeholte Verfahrenshandlung den Verwaltungsakt "von Anfang an rechtmäßig" macht, wurde abgesehen, da diese Frage allenfalls von rechtstheoretischem, nicht aber von praktischem Interesse sein dürfte."³⁾

1) Vgl. hierzu eingehend § 10 II. 2) a).

- 2) Zu diesem Unterschied vgl. ferner § 13 II.
- 3) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 41 Abs. 1, S. 65; ebenso schon BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu § 35 Abs. 1, S. 52; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 35, S. 159.

Diese letzte Vermutung der Entwurfsbegründung ist unzutreffend, wie die beiden folgenden Beispiele zeigen.

Auf die Beantwortung der Frage, ob ein formell fehlerhafter Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist bzw. war, kommt es dann maßgeblich an, wenn zu entscheiden ist, ob er der Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder dem Widerruf (§ 49 VwVfG) unterliegt. Denn der Anwendungsbereich dieser beiden Aufhebungsarten bestimmt sich in erster Linie nach der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes.¹⁾

Die Behörde A erläßt gegen Bürger B einen belastenden Verwaltungsakt, der an einem Verfahrensmangel leidet. Gestützt auf diesen Fehler, legt B Widerspruch ein. Im Verlauf des Widerspruchsverfahrens holt die Behörde A die versäumte Verfahrenshandlung nach, woraufhin die Widerspruchsbehörde den Rechtsbehelf auf der Grundlage des § 45 VwVfG zurückweist. B erhebt nun Klage zum Verwaltungsgericht mit dem Antrag festzustellen, daß der Verwaltungsakt bis zur Nachholung der Verfahrenshandlung rechtswidrig war.²⁾ Im Rahmen dieser Feststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO analog) ist von ausschlaggebender, weil über den Klageerfolg allein entscheidender Bedeutung, ob § 45 VwVfG den streitgegenständlichen Verwaltungsakt rückwirkend (bezogen auf den Zeitpunkt seines Erlasses) oder lediglich mit Wirkung ex nunc (also ab Vornahme der Verfahrenshandlung) rechtmäßig macht.³⁾⁴⁾

- 1) Dieses Beispiel führt Hauelsen, DÖV 1973, 653 (654 Anm. 4) an; vgl. ferner dens., DOK 1972, 611 (612 Anm. 8); Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 45 Rdn. 2, § 48 Rdn. 6; Spanner, JZ 1970, 671 (673).
- 2) Von der Groeben/Knack, a. a. O., 4.2 zu § 114 sehen in der Nachholung der Verfahrenshandlung eine Erledigung im Sinne des § 113 I 4 VwGO.
- 3) Aufgrund ihrer Rückwirkungstheorie lösen von der Groeben/Knack, a. a. O., 4.2 zu § 114 diesen Fall im Sinne der Klageabweisung. Kopp, VwVfG, 2. zu § 45 hingegen gibt der Klage statt: "Ebenso steht § 45 einem evtl. Anspruch eines Betroffenen analog § 113 Abs 1 S 4 auf Feststellung ... durch das Verwaltungsgericht, daß der VA ursprünglich rechtswidrig war, nicht entgegen, ...". (Hervorhebungen im Text).
- 4) Die Problematik des Wirkungszeitpunktes wird ausführlich in § 12 behandelt.

Die auf Seite 136 zitierte Passage der Entwurfsbegründung läßt aber doch erkennen, daß der Gesetzgeber mit § 45 VwVfG eine Regelung schaffen wollte, die die Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten betrifft, genauer: diese mit Nachholung der zunächst unterbliebenen Verfahrenshandlung entfallen läßt. Ausdrücklich offen bleibt nur, ob die Heilung ex nunc oder auf den Zeitpunkt des Verwaltungsakterlasses zurückwirkt.

b) Parallelvorschriften wie z. B. § 9 I Verwaltungszustellungs-gesetz¹⁾ und § 187 Zivilprozeßordnung²⁾³⁾ erlauben keine Rück-schlüsse auf die Interpretation des § 45 VwVfG, und zwar schon deshalb, weil sie im Unterschied zu diesem in Fiktionsform ge-faßt sind.⁴⁾

c) Im folgenden wird der Rechtszustand dargestellt, den der Ge-setzgeber des VwVfG zur Heilungsproblematik vorgefunden hat.

(1) Der Begriff der Heilung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes wurde einmal in Verbindung gebracht mit dem Eintritt der Unan-fechtbarkeit bzw. formellen Rechtskraft eines Verwaltungsaktes. Mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ende die Aufhebbarkeit eines feh-lerhaften Verwaltungsaktes; seine Mangelhaftigkeit werde damit un-beachtlich, sie sei geheilt.⁵⁾

-
- 1) "Läßt sich die formgerechte Zustellung eines Schriftstücks nicht nachweisen oder ist das Schriftstück unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, so gilt es als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es der Empfangsberechtigte nachweislich erhalten hat."
 - 2) "Ist ein Schriftstück, ohne daß sich seine formgerechte Zu-stellung nachweisen läßt, oder unter Verletzung zwingender Zu-stellungsvorschriften dem Prozeßbeteiligten zugegangen, an den die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, so kann die Zustellung als in dem Zeitpunkt be-wirkt angesehen werden, in dem das Schriftstück dem Beteilig-ten zugegangen ist. Dies gilt nicht, soweit durch die Zustel-lung der Lauf einer Notfrist in Gang gesetzt werden soll."
 - 3) Auf die Parallele zwischen § 45 VwVfG und diesen beiden Vor-schriften weist Hauelsen, DÖV 1973, 653 (654 Anm. 10) und DOK 1972, 611 (612 Anm. 9) hin.
 - 4) §§ 35 EVwVerfG 1963 und 1966 sowie § 35 Reg.Entw. 1970 und § 114 LVwVG erfahren keine gesonderte Behandlung, sondern werden bereits bei der Auslegung des § 45 VwVfG berücksichtigt.
 - 5) Jellinek, a. a. O., § 11 III. 2. (S. 264); Fleiner, a. a. O., § 13 II. 1. c) (S. 208); Werner Weber, AöR Bd. 34 (1944), 60 (77 f.); Peters, a. a. O., 9. Kap. IV. 2. (S. 166); E. R. Hu-ber, a. a. O., S. 665 f.; Bender, VerwR, S. 109 f.; Zschacke, NJW 1954, 413 (414).

Diese Auffassung vom Wesen der Heilung war und ist heftiger Kritik ausgesetzt. Richard Münzner hat bereits im Jahre 1938 in einem Aufsatz über die "Rechtsgrundsätze zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts in den neueren Entscheidungen der Obergerwaltungsgerichte von Preußen und Sachsen und der Verwaltungsgerichtshöfe von Bayern und Württemberg" dargelegt¹⁾: "Die formelle Rechtskraft bewirkt nicht, daß etwaige dem Verwaltungsakt anhaftende Rechtsmängel in vollem Umfange geheilt werden. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes wird nicht beseitigt."

Giacometti und Forsthoff haben diesen Ansatz weiter präzisiert. Giacometti²⁾ führt - namentlich gegen Jellinek und Fleiner³⁾ - aus, der Eintritt der Unanfechtbarkeit vermöge nicht, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt "fehlerfrei zu machen", ihn also zu heilen. "Nur eine öffentlich-rechtliche Norm wäre in der Lage, diesen Momenten Heilungskraft zu verleihen; ... Das positive Recht knüpft jedoch weder an den Eintritt der formellen Rechtskraft eines fehlerhaften Verwaltungsaktes noch an die gesetzliche Fixierung der Unanfechtbarkeit eines solchen die Heilung an."

Forsthoff⁴⁾ führt aus, daß ein "objektiver Mangel", wie ihn die Fehlerhaftigkeit darstellt, "nicht durch ein subjektives Verhalten - nämlich die Unterlassung des Rechtsmittelgebrauchs - behoben werden kann. Der Verwaltungsakt bleibt zwar fehlerhaft, aber diese Fehlerhaftigkeit ist von der Rechtsordnung für unbeachtlich erklärt worden." Von einer Heilung durch Zeitablauf zu sprechen, sei daher zumindest ungenau.

(2) Eine zweite Richtung brachte den Begriff der Heilung in Zusammenhang mit der sachlich-rechtlichen Auswirkung von formellen Mängeln. Heilung eines formellen Fehlers tritt demnach dann ein, "wenn er für die Sachentscheidung selbst keine Bedeutung gewinnen könnte Der Mangel bleibt solange "rechtserheblich", wie er

1) VerwArch. Bd. 43 (1938), 95 (151).

2) A. a. O., S. 434.

3) A. a. O., S. 434 Anm. 42.

4) A. a. O., S. 228.

auf die Sachentscheidung (der Ausgangsbehörde) Einfluß gewinnen kann.¹⁾²⁾

(3) Schließlich verstand man unter Heilung den "Vorgang, der mit dem Mittel der Nachholung bewirkt, daß aus einer fehlerhaften Entscheidung eine fehlerfreie wird"³⁾, und zwar "unter Belassung des ursprünglichen Verwaltungsaktes"⁴⁾⁵⁾.

1) OVG Münster, OVG 22, 8 (14 f.).

2) Ebenso Mußnug, a. a. O., S. 39, wo er von einer Heilungswirkung des § 79 AO a. F. spricht, der § 46 VwVfG entspricht; ferner S. 51: "Aber auch dieser Fehler läßt sich heilen, wenn die zuständige Stelle das Ermessenshandeln ihrer unzuständigen Konkurrenz ausdrücklich bestätigt." (Hervorhebung des Verfassers). Foerster, SKV 1969, 183 (184): "Wenn ... der Formfehler sich auf die Entscheidung in der Sache gar nicht ausgewirkt haben konnte, soll er schon durch die richtige Sachentscheidung selbst geheilt sein." (Unter Verweisung auf § 115 LVwG, § 36 EVwVerfG 1963).

3) So Renkl, a. a. O., S. 137, ferner auch S. 159.

4) Renkl, a. a. O., S. 159, ferner auch S. 146.

5) Andersen, a. a. O., S. 110 spricht von einer Heilung der Ungültigkeit "durch Nachholung des Versäumten (Neuausfertigung, nachträgliche Einholung einer Erklärung, die vor Erlaß des Aktes hätte vorliegen sollen usw.)"; Jellinek, a. a. O., § 11 III. 2. (S. 264 f.): Heilung durch "nachträgliches Vorbringen", d. h. Nachschieben von Gründen; im gleichen Sinne Peters, a. a. O., 9. Kap. IV. 2. (S. 166), Voucko, a. a. O., S. 112, 104, und Giacometti, a. a. O., S. 434. Vgl. ferner Wanner, a. a. O., S. 34 ff., 43, der von einer Heilung verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte im allgemeinen spricht; Jose, a. a. O., S. 76, 117, 126; Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S. 202 betr. rechtliches Gehör, S. 207 bez. Begründung von Verwaltungsakten; Forsthoff, a. a. O., S. 237; Bender, VerwR, S. 109; Bachof, VerfR I, Teil 2 C 32 (S. 267) und VerfR II, Nr. 347 (S. 329); Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 61 (1970), 168 (180 iVm Anm. 44) bez. Nachholung von Verfahrenshandlungen; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 275 (295) und Schuegraf, NJW 1966, 177 (181) bez. Zusammenwirken von Behörden; Foerster, SKV 1969, 183 (184) bez. Nachholung der Form.

Aus der Rechtsprechung: ProVG 24, 340 (342) bez. Mangel der Begründung; BVerwGE 9, 69 (72) betr. Nachholung der Anhörung; 11, 195 (205); 19, 216 (221 f.); 27, 295 (301 f.) (in der Konstruktion jedoch unklar); OVG Münster OVG 22, 8 (11) betr. Nachholung einer ordnungsmäßigen Niederschrift über eine Klassenkonferenz; BayVGh, Urt. vom 6.12.1962, BayVB1. 1963, 156 (157) betr. Nachholung behördlichen Zusammenwirkens; wohl auch BayVGh, Urt. vom 2.8.1951, Nr. 25 IV 49 (auszugsweise abgedruckt bei Reuter, a. a. O., S. 24 Nr. 22).

Wie bereits ein grober Überblick über die Fälle zeigt, welche die auf S. 140 Anm. 5 zitierten Autoren behandeln oder als Beispiele anführen, verengte sich der Heilungsbegriff dieser Richtung mehr und mehr auf die Nachholung unterbliebener Verfahrenshandlungen und Formalien.¹⁾

Die Regelung des § 45 VwVfG knüpft ausschließlich an die unter (3) dargestellte Spielart des Heilungsbegriffes an. Die beiden anderen Varianten desselben finden darin keinen Niederschlag. Insbesondere ist die Anwendbarkeit des § 45 VwVfG nicht davon abhängig, daß der Verfahrensfehler ohne denkbare Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt geblieben ist. Die darauf abstellende Richtung hat stattdessen in § 46 VwVfG unter dem Schlagwort der "Unbeachtlichkeit"²⁾ Eingang gefunden.

Dieser Befund ist Anlaß, die dogmatischen Positionen der von § 45 VwVfG übernommenen Variante herauszuarbeiten.

Der Begriff der Heilung wird von den meisten Vertretern dieser Lehre "ohne "dogmatischen Unterbau"" verwendet.³⁾ Es fehlt insbesondere an verlässlichen Aussagen über den Ansatzpunkt der Heilung im Rahmen des § 113 I 1 VwGO und des verwaltungsbehördlichen Rücknahmerechts.

Aus den mehr oder weniger nur beiläufigen Stellungnahmen zu diesem Fragenkomplex läßt sich folgendes Bild gewinnen. Es besteht weitgehende Übereinstimmung, daß die Nachholung der jeweiligen Verfahrenshandlung aus dem fehlerhaften, rechtswidrigen einen feh-

1) Vgl. aber auch Art. 64 EWVRO 1931: "(1) Verwaltungsakte, die von einem Einzelnen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen fordern, sind nur auf Grund einer Ermächtigung durch Rechtsvorschrift zulässig.

(2) Der Mangel einer Ermächtigung wird geheilt, wenn der Betroffene dem Verwaltungsakt ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. ..." (Hervorhebung des Verfassers).

Nach der Begr. zu Art. 64 Abs. 2 (S. 226) handelt es sich hierbei um "Verwaltungsakte auf Unterwerfung". Diese Vorschrift ist ein Beispiel für die Nachholbarkeit materiell-rechtlicher Erfordernisse.

2) Vgl. auch Foerster, SKV 1969, 183 (184): "Diese Wirkung wird aber nicht ausdrücklich als Heilung bezeichnet."

3) So Renkl, a. a. O., S. 136.

terfreien, rechtmäßigen Verwaltungsakt macht.¹⁾ Ansatzpunkt der Heilung ist demnach das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit in § 113 I 1 VwGO.

Die Nachholung bestimmter Verfahrenshandlungen und Formalien beseitigt die von Anfang an bestehende Rechtswidrigkeit und macht den Verwaltungsakt rechtmäßig. Natürliche Folge dessen ist, daß dieser nicht mehr der behördlichen Rücknahme und gerichtlichen Aufhebung unterliegt.²⁾

Es ist anzunehmen, daß der Heilungsbegriff in dieser Ausprägung in das VwVfG übernommen werden sollte, wenn man berücksichtigt, daß dieser Rechtszustand dem Gesetzgeber des VwVfG bekannt war und die Gesetzesmaterialien - und damit der subjektive Wille des Gesetzgebers - einer solchen Deutung nicht entgegenstehen.

4) Eine am Gesetzeszweck orientierte Auslegung des § 45 VwVfG bringt keine abweichenden Erkenntnisse, denn dem gesetzlichen Zweck - keine Konsequenzen aus einer Verletzung formellen Rechts im Falle rechtzeitiger Nachholung der Verfahrenshandlung - ist bei Zugrundelegung aller aktuellen Heilungstheorien Genüge getan.

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten:

Eine Nachholung der in § 45 VwVfG bezeichneten Verfahrenshandlungen und Formalien beseitigt die Rechtswidrigkeit des betroffenen Verwaltungsaktes.

1) So besonders deutlich Renkl, a. a. O., S. 137: "Die Heilung ist ... der Vorgang, der mit dem Mittel der Nachholung bewirkt, daß aus einer fehlerhaften Entscheidung eine fehlerfreie wird."

"... eine Nachholung - ... - bewirkt, daß die Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde als von Anfang an rechtmäßig anzusehen ist." (Hervorhebungen des Verfassers); Foerster, SKV 1969, 183 (184): "Unter Heilung versteht man vielmehr, daß nachträglich die versäumte Form nachgeholt und damit die Entscheidung als insgesamt rechtmäßig angesehen wird." (Hervorhebung des Verfassers); Menger/Ericksen, VerwArch. Bd. 61 (1970), 168 (180) sprechen ebenfalls von Heilung der Rechtswidrigkeit, auch im Zusammenhang mit § 35 EVwVerfG 1963 und § 114 LVwG (a. a. O., Anm. 44); wohl auch Bachof, VerwR II, Nr. 347 (S. 239) und Münzner, VerwArch. Bd. 43 (1938), 95 (151); unklar Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S. 202, 207. Aus der Rechtsprechung: BVerwGE 9, 69 (72), wo jedoch der Leitsatz falsch formuliert ist: die Anhörung ist nicht Wirksamkeits-, sondern nur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung (so vor allem Bachof, VerwR I, Teil 2 C 32 (S. 267) zu dieser Entscheidung).

2) Auf diesen Zusammenhang weist insb. Renkl, a. a. O., S. 137 hin.

§ 12 Wirkungszeitpunkt der Heilung

Offen geblieben ist bisher, ob eine Nachholung der in § 45 VwVfG genannten Verfahrenshandlungen und Formalien die Rechtswidrigkeit des betroffenen Verwaltungsaktes mit Wirkung ex tunc (bezogen auf den Zeitpunkt seines Erlasses) oder ex nunc (d.h. erst ab dem Zeitpunkt der Nachholung) beseitigt.

I. Aktueller Meinungsstand

- 1) Soweit sich die Kommentatoren des § 45 VwVfG mit dieser Frage beschäftigen, messen sie der Heilung überwiegend ex-nunc-Wirkung bei, lassen also die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erst ab Nachholung der jeweiligen Verfahrenshandlung entfallen.¹⁾ Bis dahin bleibt die Rechtswidrigkeit bestehen, zusammen mit allen Rechtsfolgen, die, wie z.B. die Rücknahme des Verwaltungsaktes, bereits daran geknüpft worden sind.²⁾
- 2) Die Gegenmeinung, die der nachträglichen Vornahme von Verfahrenshandlungen Rückwirkung beilegt, vertreten, soweit ersichtlich, nur Hans Joachim Knack und Paul Stelkens.³⁾ Die Nachholung von Verfahrenshandlungen fingiert dieser Ansicht zufolge, daß der betroffene Verwaltungsakt von Anfang an mit der Rechtsordnung in Einklang gestanden hat.⁴⁾

II. Eigener Lösungsversuch

- 1) Eine am Wortlaut und an der Terminologie des Gesetzes orientierte Auslegung des § 45 VwVfG hilft nicht weiter.

- 1) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 45 Rdn.2: "Der VA wird ... durch die Nachholung rechtmäßig. Die vorherige Rechtswidrigkeit wird durch die Heilung nicht berührt." (Hervorhebung im Text). Ebenso Kopp, VwVfG, 2. zu § 45. Dieselbe Ansicht vertritt Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S.207, zu § 35 EVwVerfG 1963 und § 114 LVwG.
- 2) So besonders deutlich Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 48 Rdn.6: "Ist... die Rücknahme schon vor der Heilung wirksam erklärt, dann wird sie nicht nachträglich rechtswidrig."
- 3) Knack, VwVfG, § 45 Rdz. 2.4; Stelkens/ Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 45, Rdn. 5.
- 4) Daß eine rückwirkende Beseitigung der Rechtswidrigkeit nur im Wege der Fiktion erreichbar ist, hebt besonders der Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 35, S. 159, hervor.

Zwar wird erwogen, aus dem Wort "nachholen" auf Rückwirkung zu schließen. Diese Überlegung bleibt aber letztlich unvollendet.¹⁾ Auch die Formulierung "Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, ..., ist unbeachtlich ..." gibt keine verwertbaren Hinweise auf den Wirkungszeitpunkt der Heilung.

2) Unter systematischen Gesichtspunkten ist die Nähe des § 45 VwVfG zu § 42 VwVfG²⁾ wie auch zu § 47 VwVfG³⁾ beachtlich⁴⁾.

Diesen beiden Bestimmungen liegen Rechtsvorgänge zugrunde, die Ähnlichkeit mit der Heilung aufweisen: Sie haben mangelbehaftete Verwaltungsakte zum Gegenstand und bringen diese nachträglich in Kongruenz mit der Rechtsordnung derart, daß sie wie rechtmäßige wirken.

Für die Berichtigung (§ 42 VwVfG) ist anerkannt, daß sie auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurückwirkt. Die neue Fassung des Verwaltungsaktes wird behandelt, als hätte sie von

1) So Spanner, JZ 1970, 671 (673).

2) "Die Behörde kann Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenkundige Unrichtigkeiten in einem Verwaltungsakt jederzeit berichtigen. Bei berechtigtem Interesse des Beteiligten ist zu berichtigen. Die Behörde ist berechtigt, die Vorlage des Schriftstückes zu verlangen, das berichtigt werden soll."

3) "(1) Ein fehlerhafter Verwaltungsakt kann in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden, wenn er auf das gleiche Ziel gerichtet ist, von der erlassenden Behörde in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig hätte erlassen werden können und wenn die Voraussetzungen für dessen Erlaß erfüllt sind. (2) ..."

4) Zum Zusammenhang von § 45 VwVfG und § 47 VwVfG vgl. Kopp, VwVfG, 1. zu § 47; Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 47 Rdn. 1.

Anfang an in dieser Form vorgelegen.¹⁾

Es entspricht weiter herrschender Meinung, daß der ursprüngliche fehlerhafte Verwaltungsakt mit der Umdeutung gem. § 47 VwVfG in einen fehlerfreien als mangelfrei erlassen gilt, soweit er von dem Akt der Konversion gedeckt ist. Der Umdeutung kommt demnach ebenfalls Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Verwaltungsaktes zu.²⁾

Gegenüber einer unreflektierten Übertragung dieser Erkenntnisse auf § 45 VwVfG ist jedoch Vorsicht geboten.

§ 42 VwVfG bezieht sich nur auf Verwaltungsakte, die rechtmäßig erlassen sind³⁾; die Korrektur der Unrichtigkeit beschränkt sich lediglich auf Äußerlichkeiten, so daß man ihr bedenkenlos Rückwirkung beimessen kann.

Im Falle der Umdeutung ist zwar der Verwaltungsakt zunächst fehlerhaft und rechtswidrig, wie bei § 45 VwVfG und im Unterschied zu § 42 VwVfG.⁴⁾ Im Gegensatz zu § 45 VwVfG stellt die Umdeutung aber keine nachträgliche Fehlerkorrektur dar, sondern "nur eine Neu-Konstituierung des ursprünglichen VA, der im übrigen unberührt bleibt"⁵⁾, eine Art Uminterpretation des Verwaltungsaktes also.⁶⁾

Aus diesen Überlegungen wird deutlich, daß die Unterschiede zwischen den Rechtsvorgängen, die den §§ 42, 45, 47 VwVfG zugrundeliegen, doch zu groß sind, als daß sie eine einheitliche Behandlung unter dem Gesichtspunkt des Wirkungszeitpunktes forderten oder auch nur rechtfertigten.

1) Kopp, VwVfG, 3. a) zu § 42.

2) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 47 Rdn. 6, 9, 17; Kopp, VwVfG, 2. zu § 47.

3) Vgl. die Nachweise in § 10 II. 3) c) (1).

4) Vgl. hierzu Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 47 Rdn. 1, 6, 7, 9.

5) So Kopp, VwVfG, 7. zu § 47.

6) A. A. Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 47 Rdn. 17.

- 3) a) Die Gesetzesmaterialien zu § 45 VwVfG helfen ebenfalls nicht weiter. Der Regierungsentwurf von 1973 führt aus: "Von einer Bestimmung, daß die nachgeholte Verfahrenshandlung den Verwaltungsakt "von Anfang an rechtmäßig" macht, wurde abgesehen, da diese Frage allenfalls von rechtstheoretischem, nicht aber von praktischem Interesse sein dürfte."¹⁾
- b) Unter dem Aspekt der Parallelvorschriften ist hervorzuheben, daß der Heilung im Rahmen des § 154 LVwG²⁾, einer Vorschrift, die § 9 VwZG entspricht, ausdrücklich Rückwirkung beigemessen wird.³⁾⁴⁾
- c) Der Meinungsstand in der Frage des Wirkungszeitpunktes der Heilung zur Zeit der Schaffung des § 45 VwVfG war folgender. Es standen sich zwei etwa gleich starke Meinungsrichtungen gegenüber, von denen die eine der Heilung Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Verwaltungsakterlasses beilegte⁵⁾, während die andere lediglich ex-nunc-Wirkung annahm.⁶⁾

- 1) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 41, S. 65; ebenso schon BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu § 35, S. 52.
Auf die Unrichtigkeit dieser Ansicht wurde bereits hingewiesen, s. § 11 II. 3) a).
- 2) "Läßt sich die formgerechte Zustellung eines Schriftstücks nicht nachweisen oder ist das Schriftstück unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, so gilt es als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es der Empfangsberechtigte nachweislich erhalten hat."
- 3) So Foerster, LVwG, 2. zu § 154.
- 4) Auf eine gesonderte Erörterung der Entwurfsfassungen des § 45 VwVfG wird verzichtet. Deren Darstellung ist stattdessen in die Untersuchung des § 45 VwVfG selbst eingearbeitet.
- 5) Renkl, a. a. O., S. 137: "Dabei muß man der Heilung ex tunc Wirkung beilegen, daß heißt, eine Nachholung - etwa im Widerspruchsverfahren - bewirkt, daß die Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde als von Anfang an rechtmäßig anzusehen ist." (Hervorhebungen des Verfassers); ebenso Bender, VerwR, S. 109; Voucko, a. a. O., S. 104. Vgl. auch schon RGZ 154, 129 (132) betr. die nachträgliche Genehmigung der Antragstellung im Entmündigungsverfahren (§§ 645 ff. ZPO).
- 6) Klaus Vogel, Gefahrenabwehr, S. 207: "Das Fehlen einer gesetzlich vorgeschriebenen Begründung macht ... heute die Polizeiverfügung rechtswidrig (...). Jedoch ist anerkannt, daß die schriftliche Begründung nachgeholt werden kann; von diesem Augenblick an ist der Mangel geheilt (...)." (Die letzte Hervorhebung ist vom Verfasser veranlaßt, die ersten beiden sind im Text enthalten); Kurt Egon von Turegg/Erwin Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962, S. 141; Lerche, NJW 1953, 1897 (1899) für das Nachschieben von Gründen im An-

fechtungsprozeß.

Aus der Rechtsprechung: Hess. VGH, Urt. vom 7.1.1948, Verw
Rspr. Bd. 1, 78 (79); BayVGH n. F. 8, 69 (72); BayVGH, Urt.
vom 6.12.1962, BayVBl. 1963, 156 (158).

Die Vertreter dieser beiden Meinungsrichtungen begründen ihre Thesen nicht näher.

4) Als maßgeblich erweisen sich folgende Gesichtspunkte.

a) Die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes beurteilt sich nach der Rechtslage "im Zeitpunkt seines Erlasses"¹⁾. "Die nachträgliche Behebung eines Mangels (z. B. die Nachholung der unterbliebenen Antragstellung bzw. Anhörung des Betroffenen oder der ausstehenden Zustimmung einer anderen Behörde) kann nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses zurückwirken und aus einem rechtswidrigen Verwaltungsakt einen rechtmäßigen machen."²⁾ Der Zeitpunkt, der für das Rechtmäßigkeitsurteil über einen Verwaltungsakt maßgeblich ist, steht der Rückwirkung der nachträglichen Vornahme von Verfahrenshandlungen entgegen.

Eine Rückwirkung der Nachholung ist daher nur normativ begründbar, und zwar im Wege einer Fiktion³⁾. Davon geht auch der Hessische VGH aus, wenn er in einer Entscheidung vom 7.1.1948 darlegt: "...; ein Satz des Inhalts, daß formelle Mängel eines Verwaltungsaktes mit rückwirkender Kraft geheilt werden könnten, ist dem Verwaltungsrecht fremd."⁴⁾

§ 45 VwVfG stellt jedoch keine derartige ex-tunc-Wirkung statuierende Vorschrift dar, wie bereits seine sprachliche Gestaltung und Entstehungsgeschichte zeigen.

b) Auch die praktischen Auswirkungen, die bei Annahme von ex-tunc-Wirkung eintreten, sind nicht geeignet, dieselbe in Frage zu stellen. Das gilt insbesondere für die Konsequenz, daß die (bis zur Nachholung der Verfahrenshandlung bestehen bleibende) Rechtswidrigkeit zur Grundlage einer Amtshaftungs- und Fortsetzungsfest-

1) So Obermayer, Grundzüge, S. 123.

2) Obermayer, Grundzüge, S. 123.

3) So richtig Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 35, S. 159.

4) VerwRspr. Bd. 1, 78 (79).

stellungsklage (§ 113 I 4 VwGO) gemacht werden kann¹⁾ und daß auch sonst Rechtsfolgen, die bereits an die (zeitweilige) Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes geknüpft worden sind, Bestand haben.²⁾

Denn § 45 VwVfG dient allein dem Zweck, Behörde und Gericht zu entlasten, indem er es der Verwaltungsbehörde erspart, das gesamte Verwaltungsverfahren wegen eines formellen Fehlers zu wiederholen, und damit auch die Möglichkeit einer doppelten Inanspruchnahme der Gerichte ausschließt.³⁾ Dieser engen prozeßwirtschaftlichen Zielsetzung des § 45 VwVfG ist aber mit einer ex-nunc-Wirkung voll und ganz Rechnung getragen.

Die teleologische Betrachtungsweise erweist damit das gefundene Ergebnis als richtig.

Die Heilung im Sinne des § 45 VwVfG beseitigt die Rechtswidrigkeit des betroffenen Verwaltungsaktes mit Wirkung ex nunc, d. h. ab nachträglicher Vornahme der Verfahrenshandlung. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Verwaltungsakt rechtswidrig mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen.

§ 13 Verhältnis der §§ 45, 46 VwVfG zueinander

I. Prüfungsreihenfolge und Verfahrensökonomie

Oberwiegend erfolgt die Prüfung der Aufhebbarkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte in einer bestimmten Reihenfolge.⁴⁾

- 1) Kopp, VwVfG, 2. zu § 45.
- 2) Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 45 Rdn. 2, § 48 Rdn. 6.
- 3) Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zu § 41 Regierungsentwurf von 1973, BT-Drucks. 7/910, S. 103; ebenso Spanner, JZ 1970, 671 (673); Dürig, ZPF 1964, 516 (520).
- 4) Besonders deutlich Maurer, JuS 1976, 485 (492): "Wenn die Heilung nicht möglich oder nicht erfolgt ist, dann ist noch die Regelung des § 46 zu beachten." (Hervorhebung im Text); ebenso Götz, NJW 1976, 1425 (1428); Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu § 46; im Ergebnis ebenso Kopp, VwVfG, 1. und 2. zu § 46, und Knack, VwVfG, § 45 Rdz. 2.4, § 46 Rdz. 2.3.
BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66.
Zu §§ 35, 36 EVwVerfG 1963: Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158 f., Einzelbegr. zu § 36, S. 163; Rietdorf, DVBl. 1964, 293 (301); Possehl, SKV 1964, 228 (231); Delitz, Der Versorgungsbeamte 1964, 69 (83); Ule, Verwaltungsreform, S. 72.
Zu §§ 114, 115 LVwG: Von der Groeben/Knack, a. a. O., 1.5 zu § 114; Kuhn, a. a. O., 2. zu § 115.

Zunächst wird ermittelt, ob gemäß § 45 VwVfG eine Heilung des formellen Mangels in Form der Nachholung überhaupt möglich und - bejahendenfalls - auch erfolgt ist. Wenn dies der Fall ist, scheitert eine Aufhebung bereits an § 45 VwVfG, ohne daß es noch einer Erörterung des § 46 VwVfG bedürfte.

Liegen die Voraussetzungen des § 45 VwVfG nicht vollständig vor, so wird anhand des § 46 VwVfG geprüft, ob bei Durchführung eines korrekten Verfahrens möglicherweise eine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Die Antwort auf diese Frage entscheidet dann endgültig über die Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes.

Wenn überhaupt, so wird diese Prüfungsreihenfolge mit der verfahrensökonomischen Erwägung begründet, daß die Voraussetzungen des § 46 VwVfG wegen des negativen Erheblichkeitsnachweises¹⁾ wesentlich schwieriger zu ermitteln seien als diejenigen des § 45 (rechtliche Möglichkeit der Nachholung, tatsächlich erfolgte Nachholung).²⁾

1) Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516): "Der Erheblichkeitsnachweis wird in vielen Fällen schwer oder gar nicht erbracht werden können." (Zu § 36 EVwVerfG 1963 1. Alternative).

2) Besonders deutlich Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158 f.: "Andererseits ist die nach § 36 zu treffende Feststellung nicht immer einfach. ... Dort muß nämlich nachträglich die Frage beantwortet werden, wie voraussichtlich ohne den Fehler entschieden worden wäre. Eine solche Fragestellung ist nicht erforderlich, wenn die in § 35 normierten Heilungsfälle eingreifen. Da in diesen Fällen der unterlaufene Fehler nach § 35 schlechthin unbeachtlich wird, kommt es nicht mehr darauf an, ob er im Sinne des § 36 die Sachentscheidung beeinflußt hat oder nicht."

Ähnlich von der Groeben/Knack, a. a. O., 1.5 zu § 114.

II. Prüfungsreihenfolge und Dogmatik

Diese Prüfungsreihenfolge, die ausschließlich auf Grund verfahrenswirtschaftlicher Überlegungen praktiziert wird, findet ihre Bestätigung in dogmatischen Aspekten.

1) Heilung im Sinne des § 45 VwVfG bedeutet nachträgliche Vornahme einer zunächst unterbliebenen Verfahrenshandlung und damit nachträgliche Anpassung eines Verwaltungsaktes an die Verfahrensrechtsordnung. Allein diese Herstellung einer Kongruenz von Verwaltungsakt und geltendem Recht löst die Rechtswirkung der Heilung aus, ohne daß es noch einer Berücksichtigung der Konsequenzen des Unterbleibens der jeweiligen Verfahrenshandlung für den Entscheidungsinhalt bedürfte.¹⁾ Diese Sicht des Heilungsvorganges - In-Übereinstimmung-Bringen des Verwaltungsaktes mit der (formellen) Rechtsordnung - bestätigt die Richtigkeit der Betrachtungsweise des § 45 VwVfG als Regelung, die dem Verwaltungsakt nachträglich die Rechtswidrigkeit nimmt.

2) § 46 VwVfG hat im Unterschied hierzu einen ganz anderen Ausgangspunkt. Dieser Norm geht es nicht um eine Wiederherstellung der Verfahrensrechtsordnung. Die seit Erlaß des Verwaltungsaktes vorhandene Fehlerhaftigkeit bleibt bestehen. Sie wird von § 46 VwVfG zum jeweiligen Entscheidungsinhalt in Beziehung gesetzt. Erst die Bewertung des Zusammenhanges von formellem Fehler und Sachrichtigkeit der Entscheidung gibt Aufschluß über die Anwendbarkeit des § 46 VwVfG.

Da der Begriff der Rechtswidrigkeit für eine derartige Relativierung keinen Raum bietet, ist in § 46 VwVfG eine Rechtsfolgenregelung zu sehen, zumal schon bisher unterschiedliche Schweregrade der Rechtswidrigkeit überwiegend im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung berücksichtigt wurden.²⁾

1) Darauf weisen insb. hin: Von der Groeben/Knack, a. a. O., 1.5 zu § 114; BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66.

2) Die Evidenztheorie bot und bietet Raum für die Berücksichtigung verfahrenswirtschaftlicher Momente bei der Rechtsfolgenbestimmung. Vgl. besonders deutlich Forstthoff, a. a. O., S. 226.

Diese Erwägungen liefern die dogmatische Basis für die bisher nur verfahrensökonomisch begründete Prüfungsreihenfolge im Verhältnis der §§ 45, 46 VwVfG. Denn im Rahmen der Aufhebungsprüfung ist die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes als Tatbestandsfrage vor der Rechtsfolgenbestimmung zu erörtern.¹⁾

Zugleich bestätigt dieser Vergleich der §§ 45, 46 VwVfG die Richtigkeit des gewonnenen Ergebnisses: § 45 VwVfG beseitigt die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes.

1) So besonders deutlich Renkl, a. a. O., S. 137: "Damit schließt eine Heilung schon begrifflich eine Aufhebung aus. Aufgehoben werden kann nur eine fehlerhafte Entscheidung; nimmt man aber eine Heilung an, so wird die Entscheidung fehlerfrei, wodurch eine Kassation nicht mehr möglich ist." Vgl. auch Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 45 Rdn. 2.

3. Kapitel: Zusammenfassende Hervorhebung der dogmatischen Grundgedanken der §§ 45, 46 VwVfG

Im folgenden wird versucht, auf der Grundlage der bisherigen Darlegungen die dogmatischen Grundgedanken in gestraffter Form aufzuzeigen, die den §§ 45, 46 VwVfG zugrundeliegen.

Damit leitet die Untersuchung gleichzeitig zu Teil III über, da Ansatzpunkt der Normkritik in erster Linie diese dogmatischen Grundpositionen sind.

§ 14 § 46 VwVfG

I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts

§ 46 VwVfG ist normativer Ausdruck der Vorstellung vom formellen Recht als Recht, das ausschließlich der Sachrichtigkeit der verfahrensabschließenden Entscheidung zu dienen bestimmt ist, also lediglich "dienende Funktion" aufweist und daher nur Recht minderen Ranges darstellt.¹⁾

So hat die Bundesregierung in der Entwurfsbegründung von 1973 zu §§ 41, 42 ausgeführt: "Andererseits sollen Verfahrens- und Formvorschriften überwiegend das Verfahren nur im Interesse einer richtigen Sachentscheidung in bestimmte Bahnen und Formen zwingen, haben mithin gegenüber dem materiellen Recht nur eine dienende Funktion. Dementsprechend verfolgen die §§ 41, 42 das Ziel, aus Verfahrens- und Formfehlern nur dann Rechtsfolgen resultieren zu lassen, wenn die Fehler die getroffene Entscheidung tatsächlich beeinflußt haben."²⁾

1) So BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 41, 42, S. 65. Vgl. auch den Entwurf eines Bayer. VwVfG, LT-Drucks. 8/3551, S. 33; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, Erl. zu §§ 45, 46. Vgl. ferner ausführlich § 1.

2) BT-Drucks. 7/910, S. 65; ebenso schon BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 52; Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158; Rietdorf, DVB1. 1964, 333 (334); Sendler, AöR Bd. 94 (1969), 130 (150); Mußgnug, a. a. O., S. 50 f., der meint, daß es sich bei § 36 EVwVerfG 1963 um den "Ausdruck eines auch ohne gesetzliche Verbriefung in der Natur der Sache begründeten Rechtsgedankens" handle.

Hans Meyer¹⁾ legt dar, § 46 VwVfG zeige, wenn man ihn in Zusammenhang mit § 44 III VwVfG und § 44 a VwGO sehe, "daß das Gesetz insbesondere die in seinen Verfahrensteilen den Beteiligten gewährten Verfahrensrechte im materiellen Teil ihrer Eigenständigkeit beraubt und als bloße Hilfsrechte dem materiellen Recht absolut unterordnet".

Dogmatische Grundlage des § 46 VwVfG ist damit ein - nicht näher erläutertes - undifferenziertes funktionelles Vorverständnis der dem formellen Recht zugehörigen Normen.

II. Parallele zum Revisionsrecht

In §46 VwVfG haben weiterhin revisionsrechtliche Prinzipien der Prozeßordnungen ihren Niederschlag gefunden.

Im Entwurf von 1973 legt die Bundesregierung dar²⁾: "Die Vorschrift (sc. § 46 VwVfG) entspricht in ihrer Funktion und Bedeutung den prozeßökonomischen Regelungen in § 563 ZPO und § 144 Abs. IV VwGO, nach denen die Revision trotz Gesetzesverletzung zurückzuweisen ist, wenn die Entscheidung sich als richtig darstellt."³⁾

§ 46 VwVfG überträgt also diesen Grundsatz des prozessualen Revisionsrechts auf das verwaltungsgerichtliche Anfechtungsverfahren (wie auch auf die behördliche Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte), behandelt mithin Urteil und Verwaltungsakt unter dem Gesichtspunkt der Aufhebung gleich.⁴⁾

1) In Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 1; auch Kopp, VwVfG, 1. zu § 46 spricht von einer Relativierung des Verfahrensrechts durch § 46 VwVfG. Vgl. ferner Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183).

2) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu § 42, S. 66.

3) BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu § 36, S. 53; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 36, S. 162; Papier, a. a. O., S. 8; Sendler, AöR Bd. 94 (1969), 130 (150).
Kopp, VwVfG, 1. zu § 46 spricht davon, § 46 VwVfG sei § 144 Abs. 4 VwGO nachgebildet. Vgl. auch Wanner, a. a. O., S. 57 f.

4) Darauf weist insb. Wanner, a. a. O., S. 57 f. hin. Den "rechtsmittelähnlichen Charakter der Anfechtungsklage im Verwaltungsprozeß" hebt auch der Bericht, S. 162, hervor; ebenso Ule, DVBl. 1957, 597 und 601; Naumann, DVBl. 1952, 406 f.
Zur Vergleichbarkeit von Urteil und Verwaltungsakt im allgemeinen vgl. Menger, System, S. 134 ff.

III. Verfahrensökonomie

Im Zusammenhang mit der Parallele zum Revisionsrecht steht - wie in der auf Seite 153 zitierten Stelle des Regierungsentwurfs von 1973 bereits angedeutet - die Vorstellung, § 46 VwVfG sei Ausdruck prozeßökonomischer Bestrebungen.¹⁾

Die Vorschrift dient dem Zweck, unwirtschaftliche Rechtsmittelverfahren zu verhindern.²⁾ Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes allein wegen eines formellen Mangels, so wird argumentiert, sei dann sinnlos, wenn die Verwaltungsbehörde ihn aufgrund seiner sachlichen Richtigkeit im Rahmen eines neuen - fehlerfreien - Verwaltungsverfahrens mit gleichem Inhalt wieder erlassen müsse. Eine derartige Verfahrensweise bringe eine beträchtliche und im Ergebnis vermeidbare Mehrbelastung nicht nur der Behörden, sondern auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit sich, weil der zweite (inhaltsgleiche) Verwaltungsakt wiederum gerichtlich angreifbar sei.³⁾

IV. Verbot der Zurückverweisung

Eine Reihe von Autoren sieht die Rechtsfolgenproblematik formeller Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten unter dem Gesichtspunkt eines allgemeinen Verbots der Zurückverweisung einer Streitsache vom Verwaltungsgericht an die Behörde.⁴⁾

Eine Aufhebung von Verwaltungsakten allein aufgrund formeller Mängel stelle eine derartige Zurückverweisung dar, weil sich das Gericht in diesem Falle einer abschließenden Sachentscheidung enthalte und der Behörde nach einer solchen gerichtlichen Aufhebung die Aufgabe zufalle, erneut in der Sache zu entscheiden, und zwar auf der Grundlage eines fehlerfreien Verfahrens.

- 1) Spanner, JZ 1970, 671 (673); Hans Joachim Knack, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - Zugleich eine Entgegnung auf Baring, DVBl. 1965, S. 180 - , DVBl. 1965, 709 (710); vgl. ferner ausführlich Wanner, a. a. O., S. 59 ff.
- 2) Dürig, ZPF 1964, 616 (620) und Schuegraf, NJW 1966, 177 (180 f.) zu § 36 EVwVerfG 1963; Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95 f.); ähnlich auch Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183).
- 3) Wanner, a. a. O., S. 59 f.; Schickedanz, a. a. O., S. 183; vgl. auch Brunner, DÖV 1969, 773 (781).
- 4) So Groschupf, DVBl. 1962, 627 (628 ff.); Papier, a. a. O., S. 17 f.; vgl. auch Götz, NJW 1976, 1425 (1429).

Zur Begründung dieser Betrachtungsweise werden im wesentlichen zwei Argumente vorgetragen.

Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens der VwGO sei die Möglichkeit einer Zurückverweisung vom Gericht an die Behörde zwar erörtert, vom Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages aber ausdrücklich verworfen worden.¹⁾

Ferner falle den Verwaltungsgerichten wie auch den Zivilgerichten die Aufgabe zu, über Ansprüche des sachlichen Rechts abschließend zu entscheiden. Damit aber sei unvereinbar, wenn sie sich mit der Feststellung eines formellen Fehlers begnügten und allein diesen zum Anlaß der Aufhebung nähmen, ohne in eine Sachprüfung einzutreten.²⁾³⁾

Da § 46 VwVfG den Argumenten dieser Lehre Rechnung zu tragen und deren Ergebnis normativ zu fixieren scheint, liegt es in der Tat nahe, ihn als Konkretisierung eines allgemeinen Verbotes der Zurückverweisung einer Streit Sache vom Gericht an die Verwaltungsbehörde zu werten.

§ 15 § 45 VwVfG

I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts

§ 45 VwVfG ist ebenso wie § 46 VwVfG Ausdruck der Vorstellung, daß dem Verfahrensrecht nur die Funktion zufällt, eine in der Sache zutreffende Verwaltungsentscheidung zu ermöglichen, mit der Konsequenz, daß eine Verletzung von formellem Recht nur dann Rechtsfolgen nach sich zieht, wenn eine Auswirkung derselben auf den Inhalt des Verwaltungsaktes zumindest denkbar ist. Werden aber die in § 45 VwVfG einzeln aufgeführten Verfahrenshandlungen und Formalien nachgeholt, so scheidet eine potentielle Auswirkung

1) So Papier, a. a. O., S. 18; ferner auch Groschupf, DVBl. 1962, 627 (630).

2) So Groschupf, DVBl. 1962, 627 (628 f.); ähnlich Papier, a. a. O., S. 17.

3) Vgl. hierzu auch § 10 II. 3) c).

auf den Entscheidungsinhalt aus.¹⁾ Rechtsfolgen sind daher entbehrlich.

II. Verfahrensökonomie

Die in § 45 VwVfG vorgesehene Heilungsmöglichkeit konkretisiert weiter den Grundsatz der Prozeßökonomie.²⁾

Die Heilung im Sinne des § 45 VwVfG erspart es der Verwaltung, wegen eines Verfahrensmangels das gesamte Verwaltungsverfahren nochmals in fehlerfreier Weise zu wiederholen und mit einem neuen - formell einwandfreien - Verwaltungsakt abzuschließen. Ergeht aber kein zweiter Verwaltungsakt, so kann auch das Verwaltungsgericht nicht ein zweites Mal in Anspruch genommen wer-

- 1) BT-Drucks. 7/910, Einzelbegr. zu §§ 41, 42, S. 65: Entsprechend der bloß dienenden Funktion der Verfahrens- und Formvorschriften "verfolgen die §§ 41, 42 das Ziel, aus Verfahrens- und Formfehlern nur dann Rechtsfolgen resultieren zu lassen, wenn die Fehler die getroffene Entscheidung tatsächlich beeinflussen haben.

In § 41 geschieht dies dadurch, daß ein Katalog von Verfahrensverstößen aufgestellt wird, die dann unbeachtlich sind, wenn die unterlassene Verfahrenshandlung nachgeholt wird."

Ebenso schon BT-Drucks. VI/1173, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 52; Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158; zu § 35 EVwVerfG 1963 ebenso Ossenbühl, SKV 1966, 297 (300); vgl. ferner Bettermann, DVBl. 1963, 826 (827): Das Verfahrensrecht ist "nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck richtiger Entscheidung". "Verfahrensverstöße sind daher in höherem Maße der Heilung zugänglich als Verletzungen des materiellen Rechts." (Hervorhebung des Verfassers).

Zu § 45 VwVfG: Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 1; Tschira/Schmitt Glaeser, VwVfG, §§ 45, 46.

Vgl. auch den Entwurf eines Bayer. Verwaltungsverfahrensgesetzes, LT-Drucks. 8/3551, S. 33.

- 2) Stellungnahme des Bundesrates zu § 41 Regierungsentwurf 1973, BT-Drucks. 7/910, S. 103; ebenso Spanner, JZ 1970, 671 (673); Dürig, ZPF 1964, 616 (620).

den. Im Ergebnis bedeutet daher § 45 VwVfG eine Entlastung von Behörde und Gericht.¹⁾

III. Einheit von Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren

§ 45 VwVfG, der grundsätzlich eine Nachholung der unterbliebenen Verfahrenshandlung bis zum Abschluß des Vorverfahrens zuläßt, liegt ferner die Vorstellung einer Einheit von Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren zugrunde.²⁾ Erst diese Konstruktion ermöglicht es, für die Überprüfung eines Verwaltungsaktes auf seine Rechtmäßigkeit hin auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung, d. h. des Widerspruchsbescheides abzustellen³⁾ mit der Folge, daß bis dahin die Möglichkeit der Nachholung besteht. Zur Begründung wird vorgetragen, bis zum Abschluß des Widerspruchsverfahrens sei der Verwaltungsakt "noch in der Entwicklung auf seine Endgestalt hin begriffen", gleichsam "in der Retorte", "in statu nascendi" ⁴⁾. Denn die Systematik der Verwaltungsgerichtsordnung, insbesondere § 79 VwGO, begreife "das Verwaltungsverfahren grundsätzlich als eine untrennbare Einheit"⁵⁾. "Vom Rechtsschutz her ist der Verwaltungsakt erst perfekt in der Gestalt, die er bei Abschluß des verwaltungsbehördlichen Verfahrens erhalten hat."⁶⁾

1) So besonders deutlich die Stellungnahme des Bundesrates zu § 41 Regierungsentwurf 1973, BT-Drucks. 7/910, S. 103.

2) So die h. L.: Voucko, a. a. O., S. 106 ff., S. 134 Anm. 394, S. 150 Anm. 428, S. 157 Anm. 450; Hasso Hofmann, VerwArch. Bd. 58 (1967), 63, 135 (150); Feneberg, DVBl. 1965, 177 (179); Kopp, Verfassungsrecht, S. 97 Anm. 252, S. 228; ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (227 Anm. 34, 257); Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 9 Rdn. 9; Musterentwurf, Einzelbegr. zu § 35 Nr. 5, S. 161; wohl ebenso Bachof, VerfR I, Teil I B 50 (S. 56); Zschacke, NJW 1954, 413 (414). Aus der Rechtsprechung: BVerwGE 14, 175 (180); VGH Baden-Württemberg, ESVGH 11, 166 f.; vgl. auch BayVGH, Urt. vom 2.6.1976, BayVBl. 1976, 726 (727).

3) Dies hebt besonders Bachof hervor, VerfR I, Teil I B 50 (S. 56); ebenso Hasso Hofmann, VerwArch. Bd. 58 (1967), 63, 135 (150 Anm. 95); ähnlich Zschacke, NJW 1954, 413 (414).

4) Voucko, a. a. O., S. 106.

5) Voucko, a. a. O., S. 150 Anm. 428 unter Bezugnahme auf BVerwGE 14, 175 (180).

6) BVerwGE 14, 175 (180) (zur Frage der Zulässigkeit der reformatio in peius im Widerspruchsverfahren).

Teil III: Kritik der §§ 45, 46 VwVfG

Während in Teil II die Dogmatik der §§ 45, 46 VwVfG im Mittelpunkt der Betrachtung stand, werden diese beiden Bestimmungen im folgenden einer kritischen Würdigung unterzogen, und zwar auf der Grundlage der Auslegung, die sie oben erhielten.¹⁾

Als Ansatzpunkte und gleichzeitig Oberbegriffe hierfür bieten sich die Gesichtspunkte der Verfassungsmäßigkeit, der Rechtssystematik und der Rechtspolitik an.

1. Kapitel: § 46 VwVfG

§ 16 Verfassungsrechtliche Würdigung

Infolge der erst kurzen Geltungsdauer des VwVfG finden sich nur vereinzelte und mehr oder weniger beiläufige Stellungnahmen, die sich unter diesem Aspekt mit § 46 VwVfG auseinandersetzen.

Gleichwohl machen sie die verfassungsrechtliche Tragweite und Fragwürdigkeit dieser Vorschrift, vor allem unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV GG, voll bewußt.²⁾

Die folgenden Darlegungen beruhen überwiegend auf den Ausführungen Ferdinand Kopps in seinem Werk "Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht". Zwar beschäftigt sich Kopp darin weder mit § 46 VwVfG noch mit dessen "Vorläufern". Seine Darlegungen sind aber deshalb für die vorliegende Untersuchung von höchstem Interesse, weil er sich u. a. um eine - verfassungsrechtlich abgesicherte - Lösung der Rechtsfolgenproblematik formell fehlerhafter Verwaltungsakte bemüht und § 46 VwVfG im Ergebnis eine unter mehreren denkbaren Rechtsfolgeregelungen darstellt.

1) Carl Hermann Ules Schrift "Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes. Ergebnisse eines Planspiels in der Verwaltungswissenschaftlichen Arbeitsgemeinschaft für Referendare aus Niedersachsen und Schleswig-Holstein an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer im SS 1964" (Speyer 1966), die sich kritisch mit den §§ 35, 36 EVwVerfG 1963 beschäftigt, stand dem Verfasser leider nicht zur Verfügung.

2) Kopp, VwVfG, 1. zu § 46: "§ 46 ist, da die hier getroffene Regelung eine gewisse Relativierung des Verfahrensrechts zur Folge hat, verfassungsrechtlich nicht unbedenklich (...)." Obermayer, VwVfG, S. 34; ferner Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 4 und Götz, NJW 1976, 1425 (1428 f.), beide unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV GG.

I. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung¹⁾

Zunächst ist zu erwägen, ob nicht das Rechtsstaatsprinzip und damit auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung²⁾ dem Gesetzgeber Grenzen bei der Normierung der Rechtsfolgen formell fehlerhafter Verwaltungsakte³⁾ setzen.

Nach Ansicht von Kopp⁴⁾ verlangt das Gesetzmäßigkeitsprinzip, "daß jede Behörde durch Beachtung geeigneter Förmlichkeiten des Verfahrens von vorneherein die Übereinstimmung ihres Handelns mit dem Recht sicherstellen muß und sich nicht damit zufrieden geben darf, daß, wenn ihre Entscheidung fehlerhaft sein sollte, die Betroffenen ja die Möglichkeit haben, ihre Rechte vor den Gerichten zu suchen." Mit dem Wegfall wirksamer Sanktionen im Verletzungsfall verliere das formelle Recht "weitgehend seine Bedeutung als Garant eines von vorneherein auf Gesetzmäßigkeit hin ausgerichteten Verwaltungshandelns, und damit, wie die Erfahrung zeigt, überhaupt als wirksames Recht." Eine solche Entwertung wesentlicher Verfahrensgarantien sei mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit unvereinbar.⁵⁾

Mißt man § 46 VwVfG am Maßstab dieser Erkenntnisse, so erscheint er verfassungsrechtlich bedenklich, bewirkt er doch den "Wegfall wirksamer Sanktionen für die Verletzung des formellen Verfahrensrechts"⁶⁾, wenn man einmal von disziplinar- und kostenrechtlichen Konsequenzen absieht.⁷⁾

1) Zum folgenden vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S.93 ff..

2) Als Folgerung aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, vgl. Maunz/Dürig/Herzog, a.a.O., Art. 20 Rdn. 124; Kopp, Verfassungsrecht, S. 61.

3) Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516); Kopp, Verfassungsrecht, S.94.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S.94 f.

5) Ebenso Kopp, Verw.Arch. Bd. 61 (1970), 219 (239) hinsichtlich der behördlichen Verpflichtung zur sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung.

6) Kopp, Verfassungsrecht, S.94.

7) Diese stellen keine wirksamen Sanktionen dar. Vgl. hierzu ausführlich § 18 I.

Aber Kopp¹⁾ selbst schränkt seine Meinung ein, wenn er ausführt, daß nur "Mängel des Verwaltungsverfahrens, bei denen nicht ausgeschlossen werden kann, daß sie auch das Ergebnis der Entscheidung der Behörde beeinflußt haben, ohne weitere Sachprüfung durch die Gerichte" zur Aufhebung des betroffenen Verwaltungsaktes führen müßten. Er begrenzt damit die Notwendigkeit von Sanktionen - hier der Aufhebung - auf formelle Fehler, die sich möglicherweise auf die Sachrichtigkeit der behördlichen Entscheidung ausgewirkt haben, ohne diese Modifikation seiner Ansicht näher zu begründen.

Im Ergebnis - keine Verfassungswidrigkeit der mit § 46 VwVfG verwirklichten Lösung unter dem Gesichtspunkt des Art. 20 III GG - ist Kopp zuzustimmen, weil er das Gesetzmäßigkeitsprinzip von vorneherein überfordert. Diesem ist lediglich die Verpflichtung der Behörden zu entnehmen, im Rahmen von Recht und Gesetz tätig zu werden. Es besagt jedoch unmittelbar nichts für den Fall, daß der Behörde ein Rechtsverstoß unterlaufen ist, fordert insbesondere nicht kategorisch die Aufhebung des fehlerhaften Verwaltungsaktes.²⁾

Die früher herrschende, zuletzt - soweit ersichtlich - nur noch von Forsthoff³⁾ vertretene Lehre argumentierte, rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte müßten ausnahmslos aufgehoben werden. Dem Gesetzmäßigkeitsprinzip könne, nachdem ihm die Behörde zuwider gehandelt habe, nur durch Aufhebung des Verwaltungsaktes, d. h. Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, Genüge getan werden.

Dieser Beweisführung wurde mit Recht entgegengehalten, die Reaktion der Rechtsordnung auf eine Verletzung des Gesetzmäßigkeits-

1) Verfassungsrecht, S. 97.

2) Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Art. 20 Rdn. 124 ff.; a. A. wohl BayVGh, Entsch. vom 19.7.1950, Nr. 136 III 49: es entspreche Art. 55 Ziff. 1 BV, daß ein auf eine für nichtig erklärte Vorschrift gestützter begünstigender Verwaltungsakt ohne weiteres widerrufen werden dürfe (auszugsweise abgedruckt bei Reuter, a. a. O., S. 38 Nr. 7).

3) A. a. O., S. 262 ff. (insb. S. 263): "In Wahrheit gibt der Rechtsstaat sich selbst auf, wenn er nicht daran festhält, daß die Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit seines Handelns den Vorrang vor allen sonstigen denkbaren rechtlichen Erwägungen haben muß, wenn er insbesondere zugibt, daß es einen Vertrauensschutz contra legem geben könnte."

prinzips müsse nicht zwangsläufig in einer "Umkehrung" derselben in Form der Aufhebung bestehen. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip könne, wenn eine Verletzung der Rechtsordnung bereits erfolgt ist, nicht alleiniger Maßstab für die nunmehr erforderliche Rechtsfolgenbestimmung sein. Der Vertrauensschutzgedanke, der ebenfalls Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips sei, stehe einer unterschiedslosen Rückgängigmachung rechtswidriger Verwaltungsakte entgegen.¹⁾

Diese Überlegungen machen deutlich, daß das Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht kategorisch eine Aufhebung(formell) fehlerhafter Verwaltungsakte verlangt.

II. Grundsatz der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit²⁾

Für die Frage der Rechtsfolgen formell fehlerhafter Verwaltungsakte folgert Kopp aus diesem Grundsatz, der sich vom Rechtsstaatsprinzip ableitet³⁾: "Die Bedeutung eines geordneten Verwaltungsvorgangs für die sachgemäße Erledigung der Verwaltungsaufgaben und für die Vorhersehbarkeit und Meßbarkeit der Entscheidungen der Verwaltung verlangt..., daß die Rechtsprechung, wenn sie Fehler des Verwaltungshandelns feststellt, der zuständigen Behörde,... den Vortritt läßt und sich mit der Aufhebung des fehlerhaften Verwaltungsaktes begnügt."⁴⁾ Aus diesem Grund rechtfertigt der Grundsatz der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit

1) Ossenbühl, SKV 1966, 297 (301): "Heute betrachtet man den Vertrauensschutz als das Ergebnis eines Konfliktes zwischen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Rechtssicherheit als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips."; ebenso Fritz Haueisen, Das Allgemeine Verwaltungsrecht in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. I, Karlsruhe 1963, S.255 (266); Maunz/Dürig/Herzog, a.a.O., Art.20 Rdn. 147.
Zur Rechtsprechung des BVerwG vgl. Hans Joachim Becker, DÜV 1963, 459 (465).

2) Zum folgenden vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S.144 ff.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S.131 f. mwN.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S.145.

dieselben Schlüsse wie schon das Gesetzmäßigkeitsprinzips. Auch Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit seien auf der Ebene der Verwaltung nur dann effektiv gesichert, wenn die Gerichte über die Einhaltung des Verfahrens der Verwaltung wachten, das diesen Verfassungszielen diene.¹⁾

Aber auch insoweit beschränkt Kopp die Notwendigkeit gerichtlicher Aufhebung auf Verfahrensfehler, "bei denen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, daß sie den Ausgang des Verfahrens beeinflußt haben"²⁾.

Im Ergebnis ist Kopp wiederum zu folgen, jedoch mit anderer Argumentation. Denn er überfordert den Grundsatz der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit, wenn er daraus den grundsätzlichen Zwang der Gerichte zur Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte ableitet. An anderer Stelle³⁾ stellt Kopp selbst fest, daß dieser Verfassungsgrundsatz bisher fastausschließlich nur als Maßstab für die Prüfung der hinreichenden Bestimmtheit einer Rechtsvorschrift verwendet worden ist. Allein darin erschöpfte sich die Bedeutung des Rechtssicherheitsprinzips. Eine Ausdehnung auf die Rechtsfolgenbestimmung im Falle der Verletzung formellen Rechts, wie sie Kopp vorschwebt, ließe die Umgrenzungen dieses Rechtsgrundsatzes völlig verschwimmen.

Auch diese Komponente des Rechtsstaatsprinzips gibt daher für eine Verfassungswidrigkeit des § 46 VwVfG nichts her.

III. Art. 19 IV GG⁴⁾

"Wichtige Folgerungen für die Befugnis der Gerichte zur Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen" ergeben sich aus Art. 19 IV GG⁵⁾, der nach h. L. die Gerichte zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes verpflichtet.⁶⁾

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 145.

2) Verfassungsrecht, S. 144.

3) Verfassungsrecht, S. 132.

4) Zum folgenden vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S. 129 ff., S. 162 ff..

5) Kopp, Verfassungsrecht, S. 129.

6) Vgl. hierzu Buermeyer, a. a. O., S. 90 ff. mwN; Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Art. 19 IV Rdn. 12.

Verwaltungsentscheidungen müßten bereits dann aufgehoben werden, wenn sich bei ihrer gerichtlichen Überprüfung herausstellt, "daß wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt wurden". Nur auf diese Weise blieben dem einzelnen "die Vorteile der größeren Sachkenntnis und Erfahrung der Behörde und ihres elastischer gestalteten Verfahrens und damit die Chance, rascher und wirksamer zum Ziel zu kommen, erhalten".¹⁾

Grundlage dieser Ansicht Kopps ist eine Zuordnung von Behörde und Gericht, die letzteres auf reine Rechtskontrolle des behördlichen Aktes, "so wie dieser "steht und liegt""²⁾, beschränkt. Die Gerichte seien freizustellen von Erwägungen, welche die Behörde selbst noch nicht angestellt hat, für die aber allein diese aufgrund ihrer personellen und sachlichen Ausstattung und Bürgernähe in der Lage sei.³⁾ Die gerichtliche Kompetenz sei im strengen Sinne auf den bloßen Nachvollzug behördlicher Überlegungen begrenzt.⁴⁾⁵⁾

Damit scheint unvereinbar, wenn Kopp⁶⁾ darlegt, daß Art. 19 IV GG einer Unbeachtlichkeit von formellen Fehlern dann entgegensteht, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Entscheidung ohne den Rechtsverstoß anders ausgefallen wäre. Denn auch die Feststellung der Auswirkung des Verfahrensfehlers auf den Entscheidungsinhalt verlangt von den Gerichten ein "Eindringen" in den behördlichen Bereich, Überlegungen also, die nicht mehr als reine Rechtskontrolle im Sinne bloßen Nachvollzugs vorgegebener Überlegungen bezeichnet werden können.⁷⁾

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 129.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 163, auch zum folgenden.

3) Auch J. Rautenberg, Untersuchungsmaxime und Zurückverweisungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NJW 1955, 1545 weist auf diesen Aspekt für die Sachverhaltsermittlung hin.

4) Im Ergebnis ebenso Rautenberg, NJW 1955, 1545 (1546).

5) Kritik an dieser Konzeption Kopps übt insb. Buri, NJW 1971, 2061: Kopp berücksichtige zu wenig den Funktionsbereich der Rechtsprechung und deren Aufgabe, Rechtsschutz zu gewähren. A. A. wohl auch BVerwGE 2, 135 (136); 10, 202 (204 f.).

6) Verfassungsrecht, S. 165 f.; ebenso ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (225).

7) So besonders deutlich Haueisen, DÖV 1973, 653 (657) und DOK 1972, 611 (615).

Auch hier ist jedoch Kritik bereits am Schluß Kopps vom Gebot effektiven Rechtsschutzes auf die Notwendigkeit einer Aufhebung ausschließlich formell fehlerhafter Verwaltungsakte anzumelden.

Buermeyer¹⁾ hat sich eingehend mit den Anforderungen auseinandergesetzt, die Art. 19 IV GG an die Ausgestaltung des Prozeßrechts stellt, insbesondere mit der Frage, "wie der Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet, beschaffen sein muß"²⁾. Er kommt dabei zu folgenden Ergebnissen.³⁾

Art. 19 IV GG garantiere "lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz", was im einzelnen bedeute: "Kein Akt der öffentlichen Gewalt, der in Rechte des einzelnen eingreift, darf der Nachprüfung durch den Richter entzogen sein."⁴⁾

Aus dieser Sicht bestehen gegen § 46 VwVfG keine Bedenken, da diese Bestimmung die richterliche Überprüfbarkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte weder ausschließt noch einschränkt, sondern nur Rechtswidrigkeit ohne Auswirkungen auf den Entscheidungsinhalt von Rechtsfolgen freistellt.

Buermeyer⁵⁾ verbindet weiterhin mit Art. 19 IV GG die Notwendigkeit effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes, "der dem jeweiligen Verhalten der öffentlichen Gewalt, der Art der Rechtsverletzung, angepaßt ist" und dazu beiträgt, "daß der einzelne gegenüber der öffentlichen Gewalt seine Rechte verwirklichen kann". Der Rechtsschutz müsse umfassend in dem Sinne sein, daß eine richterliche Überprüfung "in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht" stattfindet.⁶⁾

1) A. a. O., S. 90 ff.

2) A. a. O., S. 90.

3) Buermeyers Darlegungen werden im folgenden nur insoweit wiedergegeben, als sie für die verfassungsrechtliche Würdigung des § 46 VwVfG relevant sind.

4) A. a. O., S. 90.

5) A. a. O., S. 90.

6) A. a. O., S. 94. Vgl. auch BVerfGE 15, 275 (282).

Schließlich habe Art. 19 IV GG Bedeutung für die "Entscheidungsart"¹⁾, die das Gericht wähle. Aus der "rechtsstaatlichen Funktion des Gerichtsschutzes" folge, daß die Rechtsschutzgarantie auf eine Entscheidung gerichtet sei, "die das Rechtsschutzgesuch in der Hauptsache erledigt. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet demnach richterlichen Rechtsschutz durch eine Sachentscheidung."²⁾

Auch unter diesem Aspekt des Art. 19 IV GG bestehen keinerlei Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 46 VwVfG. Denn weder schließt diese Vorschrift eine gerichtliche Überprüfung formell rechtswidriger Verwaltungsakte "in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht"³⁾ aus, noch hebt sie den Anspruch des einzelnen auf eine gerichtliche Sachentscheidung auf. Sie verhindert nur die Aufhebung eines Verwaltungsaktes wegen eines formellen Mangels, der ohne denkbare Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt geblieben ist. Die Klageabweisung auf der Grundlage des § 46 VwVfG ist eine Sachentscheidung, die als solche den Anforderungen des Art. 19 IV GG genügt.

§ 46 VwVfG ist also auch mit Art. 19 IV GG vereinbar.⁴⁾

IV. Grundsatz der Gewaltenteilung⁵⁾

Das Gewaltenteilungsprinzip ist bestimmend für das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁶⁾ Es verlangt "die Anerkennung der Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung gegenüber der Gerichtsbarkeit und die Beschränkung der

1) A. a. O., S. 96.

2) A. a. O., S. 96.

3) A. a. O., S. 94.

4) Im Ergebnis ebenso Götz, NJW 1976, 1425 (1428 f.), der die Norm nicht zuletzt deshalb akzeptieren will, weil er irrig annimmt, sie stelle die Aufhebung in das gerichtliche Ermessen (vgl. hierzu ausführlich § 9 II.). Auch Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 4 hält § 46 VwVfG für mit Art. 19 IV GG vereinbar, allerdings unter der Voraussetzung einer restriktiven Auslegung der Alternativlosigkeit und der Fehlertatbestände (vgl. oben S.62).

5) Zum folgenden vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S. 235 ff., S. 246 ff..

6) So Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219.

Gerichtsbarkeit im Bereich der hoheitlichen Betätigung der Verwaltung auf die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung."¹⁾

Aus diesem Verfassungsgrundsatz zieht Kopp Folgerungen für die gerichtliche Aufhebungsbefugnis im Anfechtungsprozeß. Die Verwaltungsgerichte müßten nicht nur dem materiellen Recht widersprechende Verwaltungsentscheidungen aufheben, sondern auch formell fehlerhafte. Dabei habe die "Frage, wie die Verwaltung wahrscheinlich oder auch mit großer Sicherheit entschieden hätte, wenn sie die Verfahrensvorschriften eingehalten hätte", "das Gericht nicht zu kümmern", weil dieses nicht "selbst verwaltend tätig werden dürfe".²⁾

Bezieht man diese Überlegungen auf die Regelung des § 46 VwVfG, so ergibt sich folgendes. Da diese Bestimmung den Verwaltungsrichter zu ermitteln zwingt, welche Entscheidung die Behörde bei Durchführung eines korrekten Verfahrens getroffen hätte, verlangt sie von diesem, "in den internen Bereich der Verwaltung einzudringen, ihr die "Erstentscheidung" abzunehmen und selbst Verwaltung auszuüben"³⁾, wenn auch nicht unmittelbar, sondern nur hypothetisch.

1) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 235; ähnlich Voucko, a. a. O., S. 133 f. Anm. 393 und S. 159 f.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 250 f.
Zweifelhaft ist allerdings, wie dies mit der Ansicht desselben Autors zu vereinbaren ist, die Gerichte müßten Verwaltungsakte dann aufheben, "wenn sie feststellen, daß die Behörde bei ihrer Entscheidung Verfahrensfehler begangen hat, bei denen nicht auszuschließen ist, daß sie Einfluß auf die Willensbildung hatten" (Verfassungsrecht, S. 250).

3) So Laubinger, JA 1976, 59 (60) = ÖR 19 (20); ebenso Hauelsen, DÖV 1973, 653 (657) unter Bezugnahme auf Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (258).
Vgl. auch Voucko, a. a. O., S. 144 f. Anm. 326: "Auch bestehen erhebliche Bedenken, ob durch eine Konversion - die ja letztlich durch das Gericht geschieht - nicht das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt wird. Denn hier verschafft das Gericht einem (hypothetischen) Willen der Verwaltung Geltung, den diese seinerzeit gar nicht gehabt hat. Damit verwaltet es doch selbst!?"

Zur Konversion ausführlich Menger, System, S. 174 ff., der diese für verfassungsrechtlich unbedenklich hält (S. 178).

Eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips wird man in § 46 VwVfG dennoch nicht erblicken können.¹⁾

Zwar berührt diese Vorschrift den Schutzbereich jenes Verfassungsgrundsatzes insoweit, als sie dem Verwaltungsrichter funktionelle Verwaltungstätigkeit aufbürdet. Das Grundgesetz nimmt jedoch gewisse Gewaltenüberschneidungen und -vermengungen in Kauf. Es ist "nicht schlechthin unzulässig, wenn den einzelnen Gewaltenträgern nicht nur Aufgaben aus ihrer, ..., sondern teilweise auch Aufgaben aus anderen Funktionen obliegen."²⁾

Zur Verfassungswidrigkeit kommt es erst dann, wenn eine der drei Staatsgewalten "in den Kernbereich einer anderen hinübergreifen darf"³⁾. Kriterien für eine derartige Kernbereichsverletzung sind Intention, Intensität und Quantität des Eingriffs.⁴⁾ Prüft man § 46 VwVfG anhand dieses Maßstabes, so wird man eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips verneinen müssen.

Denn die durch § 46 VwVfG ausgelöste Gewaltenüberschneidung erfolgte von seiten des Gesetzgebers nicht in der Absicht, die Organe der Exekutive zugunsten der Judikative "diskriminierend zu entmachten"⁵⁾. Da § 46 VwVfG ferner restriktiv zu interpretieren, d. h. in seinem Anwendungsbereich auf gebundene Verwaltungsakte zu beschränken ist, und somit einen verhältnismäßig schmalen Geltungsbereich aufweist⁶⁾, stellt diese Bestimmung weder einen intensiven noch einen quantitativ relevanten Eingriff in den Aufgabenbereich der Exekutive dar.

1) Auch Laubinger, JA 1976, 59 (60) = ÖR 19 (20) und Haueisen, DÖV 1973, 653 (657) bewerten diese Vorschrift nicht als verfassungswidrig, sondern stellen ihre kritischen Überlegungen mehr in den Rahmen der Verfahrensökonomie.

2) So Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Art. 20 Rdn. 80.

3) Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Art. 20 Rdn. 81 (Hervorhebung im Text). Kritisch zur Kernbereichslehre allerdings Walter Leisner, Die quantitative Gewaltenteilung. Für ein neues Verständnis der Trennung der Gewalten, DÖV 1969, 405 (407 ff.).

4) Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Art. 20 Rdn. 81.

5) Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Art. 20 Rdn. 81.

6) Vgl. hierzu ausführlich § 6 II.

Die praktischen Bedenken, denen die Ausübung funktioneller Verwaltungstätigkeit durch die Gerichte begegnet - nämlich deren ungenügende personelle Ausstattung¹⁾ und fehlende Sachkunde²⁾ - , werden (zumindest teilweise) dadurch kompensiert, daß zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ein stetiger Personal- und damit auch Erfahrungsaustausch stattfindet.

Als Ergebnis läßt sich festhalten: § 46 VwVfG verletzt Art. 20 II 2 GG nicht.

V. Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im allgemeinen

Eine Reihe von Autoren hebt den Zusammenhang zwischen der Rechtsfolgenbestimmung formell fehlerhafter Verwaltungsakte und dem Rechtsstaatsprinzip hervor, ohne jeweils zu sagen, welche Komponente dieses Verfassungsgrundsatzes gemeint ist.

So legt Ossenbühl³⁾ dar, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in dieser Frage sei durch das Rechtsstaatsprinzip begrenzt, denn zur Verwirklichung des materiellen Rechtsstaates bedürfe es in gewissem Umfang der Formalisierung.

Ule⁴⁾ schreibt: "Ein durch rechtsstaatliche Grundsätze bestimmtes Verwaltungsverfahren kann die Aufgabe, die ihm in der rechtsstaatlichen Ordnung zukommt, nur dann erfüllen, wenn es von den Verwaltungsbehörden, ..., auch eingehalten wird. Ein Verwaltungsverfahrensgesetz, dessen Vorschriften von den Behörden, die es anzuwenden haben, verletzt werden kann, ohne daß die in einem solchen fehlerhaften Verfahren zustande gekommenen Verwaltungsakte deshalb nichtig oder vernichtbar sind, ist nicht geeignet, die Beachtung der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze zu sichern. Die Frage nach den rechtlichen Folgen von Verfahrensfehlern ist daher für die rechtsstaatliche Wirkung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von entscheidender Bedeutung".

Die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit des § 36 1. Alternative EYwVerfG 1963, der § 46 VwVfG entspricht, zieht Ule jedoch nicht.⁵⁾

1) So besonders Kopp, Verfassungsrecht, S. 236 f.

2) So Hauelsen, DOK 1972, 611 (615); ders., DÖV 1973, 653 (657); Laubinger, JA 1976, 59 (60) = UR 19 (20).

3) DÖV 1964, 511 (516).

4) Verwaltungsreform, S. 71 f. (Hervorhebung des Verfassers).

5) Verwaltungsreform, S. 74.

Wanner¹⁾ argumentiert, der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlange die Einhaltung des formellen Rechts, da dieses die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte garantieren solle.²⁾ Die Beachtung des Verfahrensrechts sei aber nur dann gesichert, wenn Verfahrensfehler für sich allein die Aufhebung des betroffenen Verwaltungsaktes begründeten, da andere Rechtsschutzeinrichtungen, wie z. B. Selbstkontrolle der Verwaltung, politische Kontrolle und Verantwortlichkeit der Organe für ihre Amtsführung, keinen genügenden Schutz gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln böten.³⁾ Wanner läßt aber letztlich offen, ob er § 36 1. Alternative EVwVerfG 1963 für verfassungswidrig erachtet.

So zutreffend diese Autoren die Wechselbeziehung zwischen Rechtsstaatsprinzip und Rechtsfolgen formeller Normverstöße auch sehen, vermögen ihre Darlegungen die Verfassungswidrigkeit des § 46 VwVfG nicht zu begründen.

Wie unter I. und II. im einzelnen dargelegt, ist § 46 VwVfG unter den Aspekten des Gesetzmäßigkeitsprinzips und der Rechtssicherheit - beides Komponenten des Rechtsstaatsprinzips - nicht verfassungswidrig. Dasselbe gilt, wenn man diese Norm aus der Sicht des Art. 19 IV GG und des Gewaltenteilungsprinzips analysiert. Wenn aber die einzelnen Konkretisierungen eines allgemeinen Rechtsprinzips die Verfassungswidrigkeit des § 46 VwVfG nicht begründen, so muß dasselbe auch für den allgemeinen Grundsatz selbst - als Summe seiner einzelnen Ableitungen - gelten.

VI. Grundsatz der Demokratie⁴⁾

Das Prinzip der Demokratie (Art. 20 I GG) verlangt eine Beschränkung der richterlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis auf die bloße Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Den Gerichten ist ein Tätigwerden nach Art von Verwaltungsbehörden verboten; sie dürfen nicht materielle Verwaltung in den Formen des gericht-

1) A. a. O., S. 67 ff.

2) Vgl. ausführlich §§ 1, II.

3) Vgl. hierzu auch § 18 I.

4) Zum folgenden vgl. Kopp, Verfassungsrecht, S. 198 ff.

lichen Verfahrens ausüben und damit auch keine originären, behördlicherseits noch nicht angestellten Feststellungen und Entscheidungen treffen.¹⁾

Der Grund hierfür liegt in der parlamentarischen Verantwortung, die nur die Exekutive, nicht aber die Judikative trägt. Sie verlangt, daß ausschließlich die Behörden Verwaltung ausüben, auch im Bereich strikter Gesetzesbindung.²⁾

Unter diesem Aspekt erheben sich Bedenken gegen § 46 VwVfG, da diese Vorschrift die Verwaltungsgerichte zwingt, in den Aufgabenbereich der Verwaltungsbehörden fallende Feststellungen - auch solche originärer Art - zu treffen.

Hans-Jürgen Papier folgt einer anderen Linie.³⁾ "... Demokratieprinzip und Partizipationsgesichtspunkte rechtfertigen nicht die Annahme eines selbständigen Anfechtungsgrundes der Verfahrensfehlerhaftigkeit." Denn das deutsche Verwaltungsprozeßrecht habe "die Möglichkeit demokratischer Funktionalisierung des Verwaltungsprozesses" nicht ergriffen, d. h. den Rechtsweg nicht auch "als Ausfluß eines Wächter- und Kontrollamtes des einzelnen" über die Staatsgewalt ausgestaltet. Der Ausschluß der Popularklage durch § 42 II VwGO mache dies deutlich.

Nach Ansicht Papiers bestehen daher unter dem Aspekt des Demokratieprinzips keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 46 VwVfG.

Dieser Auffassung kann schon allein deshalb nicht gefolgt werden, weil sie die Frage, inwieweit dem Demokratieprinzip die Forderung nach einer Aufhebung rein formell fehlerhafter Verwaltungsakte immanent ist, ausschließlich auf der Ebene des Verwaltungsprozeßrechts erörtert und die so gefundene Lösung kurzerhand in Verfassungsrang erhebt.

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 198 f.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 199.

3) A. a. O., S. 16 f. (Hervorhebung im Text).

Aber auch der Ansatz Kopps führt letztlich nicht zur Verfassungswidrigkeit des § 46 VwVfG. Denn bei der von dieser Vorschrift geforderten Verfahrensweise des Gerichts handelt es sich im Grunde genommen nicht um die vollständige Ersetzung eines fehlerhaften behördlichen Aktes durch einen fehlerfreien gerichtlichen. Die behördliche Entscheidung bleibt nach der Klageabweisung auf der Grundlage des § 46 VwVfG dieselbe, sowohl als Entstehungsvorgang wie auch im sachlichen Ausspruch. Das Gericht setzt lediglich formelle Fehler und Entscheidungsinhalt zueinander in Relation. Es stellt zwar originäre Überlegungen an, jedoch nicht, um eine eigenständige Entscheidung zu treffen, sondern nur als Vorfrage im Rahmen der Prüfung, ob der angefochtene Verwaltungsakt Bestand hat oder der Aufhebung unterliegt. Handelt es sich aber bei der gerichtlichen Entscheidung im Falle des § 46 VwVfG um keine originäre gerichtliche Entscheidung im Sinne der Koppschen Lehre, so stehen ihr auch unter dem Aspekt der parlamentarischen Verantwortung keine Bedenken entgegen.

Im Ergebnis ist § 46 VwVfG daher verfassungsgemäß.

§ 17 Systematische Kritik

Eine Kritik des § 46 VwVfG unter systematischen Gesichtspunkten hat an den dogmatischen Grundgedanken anzusetzen, die dieser Bestimmung zugrundeliegen.¹⁾

I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts

Soweit § 46 VwVfG die Vorstellung vom Verfahrensrecht als "Recht minderen Ranges", das ausschließlich im Dienste des materiellen Rechts steht, normativ verwirklicht, geht diese Vorschrift von einer unzutreffenden Prämisse aus.

In Teil I wurde eingehend dargelegt, wie vielfältig die Aufgaben und Funktionen von Verwaltungsvorgängen und zugehörigem Verfahrensrecht sind. Die dort gewonnenen Erkenntnisse entziehen der

1) Vgl. hierzu ausführlich § 14.

Konzeption einer Verfahrensrechtsordnung mit ausschließlich dienender Funktion die Grundlage.¹⁾

Eine weitere Überlegung bestätigt die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung. Gedankliche Voraussetzung der Konzeption von der bloß dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts ist die Annahme, beide Normgruppen, Verfahrensrecht einerseits und materielles Recht andererseits, ließen sich rechtsbegrifflich präzise trennen.²⁾ Denn nur im Falle eindeutiger Klassifizierbarkeit der Rechtsvorschriften ist es sinnvoll, sie funktionell voneinander zu trennen und an die jeweilige Zuordnung Rechtsfolgen von der Tragweite des § 46 VwVfG zu knüpfen. Andernfalls entsteht ein mehr oder weniger weiter Bereich von Normen, die sich nicht zweifelsfrei qualifizieren lassen und bei denen deshalb die von der h. M. praktizierte funktionelle Argumentationsweise versagt.

1) So insb. Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516): "Bei ausschließlicher Abstellung auf die materielle Entscheidungsrichtigkeit würden die den Verfahrensregeln möglicherweise innewohnenden (Neben-) Zwecke vereitelt." (gegen Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158). Vgl. ferner Wanner, a. a. O., S. 71 f. (ebenfalls gegen Musterentwurf, a. a. O.); Schwarze, a. a. O., S. 65 ff. Auf S. 24 verweist ders. auf eine zunehmende Lösung der neueren Verwaltungsrechtsprechung von der reinen Sachentscheidungsbezogenheit des Verwaltungsverfahrensrechts. Vgl. ferner Mußgnug, a. a. O., S. 32: "wohltönende Phrasen über den Vorrang des materiellen Rechts vor den bloßen Formalien der Verwaltungsorganisation"; Foerster, LVwG, 1. zu § 115.

2) Vgl. zu diesem Zusammenhang insb. Wanner, a. a. O., S. 71 (unter Bezugnahme auf Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 158): "Wenn es heißt: 'Verfahrensvorschriften sind nicht Selbstzweck, sondern haben gegenüber dem materiellen Recht nur dienende Funktion' (...), so ist hierin eine willkürliche Aufspaltung der Rechtsordnung in höherrangiges materielles Recht und in minderrangiges Verfahrensrecht zu sehen."

Wie bereits mehrfach angedeutet, geht die ganz h. L.¹⁾ davon aus, daß sich materielles und formelles Recht begrifflich nicht präzise voneinander trennen lassen trotz der Bedeutung, die einer Abgrenzung beider Normbereiche im Hinblick auf Art. 84 I GG zukommt.

- 1) Obermayer, VwVfG, S. 26 f.; Bender, VerwR, S. 110; ders., Staatshaftungsrecht, Rdz. 270 (S. 104); Badura, a. a. O., S. 242, 265; Franz Mayer, Verwaltungsrecht, S. 65; ders., BayVB1. 1960, 332 (337 ff.); Wanner, a. a. O., S. 71; Voucko, a. a. O., S. 92 Anm. 257; Haueisen, NJW 1960, 1881 (1883 Anm. 27); ders., Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, DVBl. 1962, 881 (885); ders., DVBl. 1964, 11 (13); ders., DöV 1973, 653; ders., DOK 1972, 611 und 614; Fritz Rietdorf, Ober die Zweckmäßigkeit der Kodifizierung von Teilgebieten des Allgemeinen Verwaltungsrechts in einem Verwaltungsverfahrensgesetz, DöV 1960, 614 ff.; ders., DVBl. 1964, 293 (295); Hans Schmitt-Lermann, Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1964, 402 (404 f.); Klaus Stern, Das allgemeine Verwaltungsrecht in der neueren Bundesgesetzgebung, JZ 1962, 265; Hans Joachim Becker, Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts? DRiZ 1962, 149 (151); Bernhard Hofmann, Jahrb. des Postwesens 1965, 357 (359); Martin Baring, Die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts als Aufgabe, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963, S. 31 (37); Musterentwurf, Allg. Begr., S. 71 f.; Maurer, JuS 1976, 485 (487). Spanner, DJT, A 17; von der Groeben, DJT, D 18 f., 32 (LS 5.); Werner Weber, Empfiehlt es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Referat, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960 (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), Band II (Sitzungsberichte), Tübingen 1962, D 37; Bachof, VVDStRL 17, 213 (216) (Aussprache).

Aus der Rechtsprechung: BVerwG, Urt. vom 7.6.1967, VerwRspr. Bd. 19, 438 (442).

Einen anderen Standpunkt nehmen ein: Neuser, a. a. O., der sich im Hinblick auf Art. 84 I GG um eine Abgrenzung von Verwaltungsverfahrenrecht und materiellem Recht bemüht (S. 75 ff.) und eine solche aufgrund einer inhaltlichen Einzeluntersuchung und -zuordnung auch für möglich hält (S. 85, 98); Bettermann, VVDStRL 17, 118 (140).

Die Gründe für die mangelnde Trennbarkeit sollen im folgenden kurz dargestellt werden.

Karl August Bettermann geht davon aus, daß der Unterschied zwischen materiellem und Verfahrensrecht im allgemeinen in der Funktion liegt, die das Recht jeweils für den Richter besitzt. Maßgeblich sei, ob es für ihn "Verhaltensmaßstab oder Urteilsmaßstab"¹⁾ sei. "Wenn eine Norm für den Richter lediglich die Funktion hat, in ihr sein (Sach-) Urteil zu finden, dann gehört sie zum materiellen Recht. Die Normen dagegen, die das Können, Dürfen, Sollen und Müssen des Richters beim Rechtsprechen regeln, rechnen zum Prozeßrecht."²⁾

Angewandt auf die Situation im Verwaltungsrecht, führt dieser Ansatz nicht zu eindeutigen Ergebnissen. Denn die Verwaltung lebt nicht wie die Rechtsprechung "in den zwei Ebenen des materiellen und des Prozeßrechts". Wenn die Verwaltungsbehörde gegen den einzelnen einschreitet, d. h. das Gesetz anwendet und ausführt, so urteilt sie weder noch verurteilt sie nach Richterart. Das Recht ist für sie nicht Urteilsmaßstab, sondern "Ordnungsmacht". Denn sie tritt dem Bürger nicht als "unbeteiligter Dritter", wie ein Richter, gegenüber, sondern "als der Verletzte". Die Verwaltungsbehörde ist im Unterschied zum Richter "stets an dem Rechtsverhältnis beteiligt, das durch den Verwaltungsrechtssatz begründet oder geordnet ist".³⁾

Friedrich Müller⁴⁾ charakterisiert das Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht folgendermaßen: "Auch Organisations-

1) Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (hrsg. von Otto Bachof, Martin Draht, Otto Gönnerwein, Ernst Walz), München 1955, S. 361 (363).

2) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 364.

3) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 364. Ähnlich auch Neuser, a. a. O., S. 85, der auf die Zugehörigkeit materiell-rechtlicher und verfahrensrechtlicher Rechtsverhältnisse oder Institutionen "zum gleichen Rechtsverhältniskomplex Behörde - Bürger" hinweist.

4) Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966, S. 205 f.

und Verfahrensrecht läßt sich insofern materiell deuten, als zwischen formellem und materiellem Recht nur graduelle, nicht absolute Unterschiede bestehen. Auch Formalvorschriften sind von materiellen Gegebenheiten, sachlichen Strukturen, inhaltlichen Rechtsprinzipien gefordert, begrenzt und auf sie hin gerichtet. Deshalb vermitteln auch die ... Verfahrens- und Organisationsvorschriften sachliche Gehalte; daher sind auch sie mittelbar sachbezogen ..."

Diese Darlegungen legen es ebenfalls nahe, auf den Versuch einer Scheidung von materiellem und formellem Recht zu verzichten.

Gustav Radbruch¹⁾ schließlich hebt den "kategorischen, nicht. hypothetischen Charakter" der Verfahrensnormen hervor. "Der Befehlston des Rechtes kennt keine Grade. Der Gesetzgeber ... fordert, was er fordert, durchgehend mit dem gleichen absoluten Verpflichtungswillen."²⁾ Auch unter dem Gesichtspunkt der Geltungskraft bestehen demnach keine Unterschiede zwischen formellem und materiellem Recht³⁾, die eine exakte Abgrenzung beider Normbereiche ermöglichen.

Im Rahmen der Erörterung der Dogmatik des § 46 VwVfG wurde die mangelnde Abgrenzbarkeit von Verfahrens- und materiellem Recht als Argument gegen die "Lehre von der formellen Rechtswidrigkeit" verwendet.⁴⁾ Sie ist jedoch darüber hinaus geeignet, jede Verschiedenbehandlung beider Rechtsbereiche - in welcher Form auch immer - in Zweifel zu ziehen.

-
- 1) Rechtsphilosophie (Hrsg.: Erik Wolf und Hans-Peter Schneider), 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 277.
 - 2) Den Gegenbegriff bilden die sog. hypothetischen Imperative. Das sind Anforderungen, "welche die Erfüllung jener ersteren (sc. kategorischen Imperative) fördern sollen, aber eben deshalb nur gelten, sofern und soweit sie wirklich diesem ihrem Zweck genügen." (A. a. O., S. 277).
 - 3) Im Ergebnis ebenso Hauelsen, DÖV 1973, 653 (657): Sondervorschriften wie § 41 I 2 VfG (KOV), § 68 AO a. F., § 7 FGG, § 126 III Nr. 1 LVwG zeigen, daß im Regelfall Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts der gleiche Rang und Wert wie Normen des materiellen Rechts zukommt.
 - 4) Vgl. § 10 II. 4).

II. Parallelele zum Revisionsrecht

Unabdingbare Voraussetzung für eine Übertragung von Grundsätzen des Revisionsrechts auf die Anfechtungsklage ist deren Revisionsähnlichkeit. Nur dann ist eine "legislatorische Analogie", wie sie in § 46 VwVfG Ausdruck gefunden hat, systematisch gerechtfertigt.

Die wohl h. M., die der Anfechtungsklage Revisionsähnlichkeit beimißt, kann in der Tat auf eine Reihe von Gemeinsamkeiten zwischen Anfechtungsklage und Revision verweisen.¹⁾

Beide Klagearten richten sich gegen bereits vorliegende "Entscheidungen", und zwar die Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, die Revision gegen ein gerichtliches Urteil²⁾, beides "Akte der materiellen Rechtspflege"³⁾.

Aus dieser Bezogenheit von Anfechtungsklage und Revision auf eine "Vorentscheidung" ergeben sich weitere Gemeinsamkeiten.

Sowohl die Erhebung der Anfechtungsklage wie auch die Einlegung der Revision lösen den Suspensiveffekt aus, d. h. sie hemmen den Eintritt der Bestandskraft bzw. Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung. Für die Anfechtungsklage folgt diese Hemmungswirkung aus § 80 I VwGO, während sie bereits zum Wesen des Rechtsmittels der Revision gehört.⁴⁾

Weiterhin gilt das Verbot der reformatio in peius in beiden Verfahrensarten⁵⁾, so daß die jeweils angegriffene Entscheidung nicht zum Nachteil des Klägers abgeändert werden darf.⁶⁾

1) Vgl. hierzu Menger, System, S. 134 ff.

2) Menger, System, S. 134 f.

3) Menger, System, S. 135.

4) Menger, System, S. 141.

5) Menger, System, S. 141 f.

6) Für die Anfechtungsklage folgt dies daraus, daß das Gericht die gegen den Verwaltungsakt gerichtete Klage nur abweisen, nicht jedoch den Verwaltungsakt zu Lasten des Klägers abändern darf.

Schließlich ist die Einhaltung von Fristen Sachurteilsvoraussetzung für die Erhebung der Anfechtungsklage (§ 74 I VwGO) wie auch die Einlegung der Revision (vgl. § 139 I VwGO, § 552 ZPO).¹⁾

Strukturell weisen Anfechtungsklage und Revision aber auch eine Reihe von Unterschieden auf, die insbesondere Bettermann²⁾ und Menger³⁾ herausgearbeitet haben.⁴⁾

a) Mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage wird nur die Aufhebung (Kassation) des Verwaltungsaktes begehrt, mit der Revision hingegen zusätzlich zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils eine neue Sachentscheidung: Die Revision ist reformatorischer, die Anfechtungsklage kassatorischer Natur.⁵⁾

b) Urteilsanfechtung im Rahmen eines Revisionsverfahrens und gerichtliche Anfechtung eines Verwaltungsaktes unterscheiden sich weiterhin in der "Verteilung der Parteirollen"⁶⁾ oder, anders ausgedrückt, in der Regelung der "Passivlegitimation"⁷⁾:

Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage richtet sich grundsätzlich gegen diejenige Körperschaft des öffentlichen Rechts, welcher der streitgegenständliche Verwaltungsakt zuzurechnen ist (§ 78 I Nr. 1 VwGO).

"Die Verwaltung wird von ihrer übergeordneten Stellung ... im Verwaltungsverfahren in die dem Kläger gleichgeordnete Stellung

1) Menger, System, S. 139 f.

2) Verwaltungsakt, S. 384 ff.

3) System, S. 143 ff.

4) Auf den grundlegenden Unterschied zwischen Verwaltungsakt und Urteil weist auch Kimminich, JuS 1965, 249 (253) unter Bezugnahme auf BVerfGE 2, 395 hin (allerdings im Zusammenhang mit der Problematik der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes "infolge gewandelter Anschauungen").

5) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 384.

6) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 385. Vgl. ferner dens., DVBl. 1953, 202 (203).

7) Menger, System, S. 150.

des Beklagten im Verwaltungsprozeß gedrängt."¹⁾ Menger spricht zutreffend von der Identität des Anfechtungsbeklagten "mit dem Rechtssubjekt, dessen rechtspflegender Staatsakt der Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts durch die Klage unterworfen wird"²⁾, von "der Struktur der Anfechtungsklage als einer Klage gegen die Verwaltungsbehörde"³⁾.

Gegner des Revisionsführers - Revisionsbeklagter also - ist hingegen nicht der iudex a quo - wie es der Struktur der Anfechtungsklage entspräche - , sondern der Prozeßgegner aus der vorhergehenden Instanz.⁴⁾ Das vorinstanzliche Parteiengefüge bleibt also erhalten: das erst- oder zweitinstanzliche Gericht wird nicht Streitpartei; die Klage richtet sich nach wie vor gegen den ursprünglichen Beklagten.⁵⁾

Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung der Passivlegitimation liegt darin, daß die Behörde "mit ihrem VA in eigener Sache entscheidet" und daher ihre Entscheidung vor Gericht zu vertreten hat, während der Richter als "unparteiischer und uneteiligter Dritter" urteilt und diese Rolle auch im Rechtsmittelverfahren nicht angetastet werden soll.⁶⁾

Bereits aus diesem Strukturunterschied wird gefolgert, daß die Revisionsregelungen der §§ 144 IV VwGO und 563 ZPO nicht auf die Anfechtungsklage übertragbar sind.⁷⁾

Unter dem Aspekt der Passivlegitimation bestehen dagegen ausgeprägte Parallelen zwischen der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage und derjenigen, die in den §§ 664 ff. ZPO geregelt ist.⁸⁾

1) So Wanner, a. a. O., S. 58.

2) System, S. 150 (Hervorhebung im Text).

3) System, S. 151.

4) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 385.

5) Wanner, a. a. O., S. 58 f.

6) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 385.

Den Charakter der Verwaltungsentscheidung als solcher "in eigener Sache" heben auch Bachof, DVBl. 1958, 6 (7) und Borgs in Meyer/Borgs, VwVfG, § 24 Rdn. 7 hervor.

7) So Wanner, a. a. O., S. 59.

8) Vgl. hierzu ausführlich Menger, System, S. 179 ff., insb. S. 181 ff.; auch Walter Tietgen, Schlußwort (Erg. zu DVBl. 1956, 682 ff.), DVBl. 1957, 86 (87) hebt die "weitgehende Parallelität" beider Verfahrensarten hervor.

Wie die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte, richtet sich die Klage gem. §§ 664 ff. ZPO gegen amtsgerichtliche Entmündigungsbeschlüsse (§ 645 ZPO), die als rechtsgestaltende Hoheitsakte¹⁾ ebenso wie Verwaltungsakte das Ergebnis der Ausübung funktionell öffentlicher Verwaltung darstellen.²⁾

Beklagter ist gem. § 666 I ZPO der Staatsanwalt, ein künstlich geschaffener Klagegegner also, weil das Rechtsprechungsorgan Amtsgericht infolge der Zuweisung des Entmündigungsverfahrens an den Prozeßrichter als Beklagter nicht in Betracht kommt.³⁾

Der Staatsanwalt vertritt hierbei als Partei kraft Amtes "den in Ausübung der verwaltenden Staatsfunktion ergangenen Staatsakt der Entmündigung"⁴⁾. Amtsgericht und Staatsanwaltschaft sind organisatorisch verschiedene Repräsentanten derselben verwaltenden Staatsfunktion.

Wenn auch keine volle Identität zwischen "Ausgangsinstanz" und Beklagtem wie im verwaltungsprozessualen Anfechtungsverfahren besteht, ja angesichts der funktionell verfehlten Zuweisung des Beschlußverfahrens an das Prozeßgericht (§ 645 ZPO) gar nicht bestehen kann, so bleibt doch festzuhalten: Der in den §§ 664 ff. ZPO geregelte Rechtsbehelf gegen den amtsgerichtlichen Entmündigungsbeschluß weist von allen prozessualen Rechtsinstituten die größten Ähnlichkeiten mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage auf.⁵⁾

Aber auch diese Parallele trägt zur rechtssystematischen Integration des § 46 VwVfG nichts bei. Ganz abgesehen davon, daß die §§ 664 ff. ZPO keine dem § 46 VwVfG entsprechende Norm enthalten,

1) Menger, System, S. 182.

2) Menger, System, S. 181, 183.

3) Menger, System, S. 183.

4) Menger, System, S. 184.

5) Menger, System, S. 184.

ist in Literatur und Rechtsprechung¹⁾ umstritten, welche Rechtsfolgen eine formelle Fehlerhaftigkeit des Entmündigungsbeschlusses auslöst, die ohne denkbare Auswirkung auf dessen Inhalt geblieben ist.

c) Ein dritter bedeutsamer Unterschied zwischen verwaltungsgerichtlicher Anfechtungsklage und Revisionsverfahren liegt im Gegenstand, der vom Gericht zu prüfen ist.²⁾

Auf Anfechtungsklage hin prüft das Verwaltungsgericht, wie sich aus § 113 I 1 VwGO ergibt; die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes. Im Unterschied hierzu prüft das Revisionsgericht nicht schlechthin die Rechtmäßigkeit des vorinstanzlichen Urteils, sondern nur dessen Richtigkeit³⁾, und das heißt: Rechtsverletzungen der Vorinstanz, die sich aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ergeben, sind unbeachtlich, d.h. ohne Einfluß auf dessen Bestand, wenn sich die angegriffene Entscheidung aus anderen Gründen als zutreffend erweist (§§ 144 IV VwGO, 563 ZPO). Speziell Verfahrensmängel führen demnach nur dann zur Urteilsaufhebung, wenn sie "wesentlich" sind, die verfahrensgegenständliche Gerichtsentscheidung also auf ihnen beruhen kann.⁴⁾

Im Rahmen umfassender Rechtmäßigkeitskontrolle hingegen ist für derart differenzierende Kausalitätserwägungen regelmäßig kein Raum.

Insbesondere dieser grundlegende Unterschied zwischen Anfechtungsklage und Revision macht die Systemwidrigkeit des § 46 VwVfG deutlich. Dadurch, daß diese Vorschrift maßgeblich nur auf die sachliche Richtigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes abstellt, erweist sie sich als eine am Revisionsrecht orientierte Norm, obwohl der Anfechtungsprozeß an sich einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle dient.

1) Für Aufhebbarkeit: Konrad Hellwig/ Paul Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil, Leipzig 1919, S. 51 unter Hinweis darauf, daß diese Ansicht zu einer Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht führt; Stein/Jonas/Pohle/Schlosser, Zivilprozeßordnung, Kommentar, Bd. II, 19. Aufl., Tübingen 1972, Anm. I 1. zu § 664 (speziell für die Unzuständigkeit des Amtsgerichts); LG Göttingen, Urt. vom 12.2.1957, Niedersächsische Rechtspflege 1957, 118.

Gegen Aufhebbarkeit: Stein/Jonas/Pohle/Schlosser, a. a. O. (für Verfahrensverstöße); Bernhard Wieczorek, ZPO und Nebengesetze, Bd. III, Berlin 1957, C III zu § 664 für Verfahrensfehler und Unzuständigkeit des Amtsgerichts mit der Begr., die Anfechtungsklage sei kein Rechtsmittel und eröffne damit im Verhältnis zum Entmündigungsverfahren keine neue Instanz (C III a)).

- 2) Zum folgenden vgl. Bettermann, Verwaltungsakt, S. 385 ff.
- 3) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 385.
- 4) Bettermann, Verwaltungsakt, S. 385.

Bestätigt wird diese Gedankenführung durch § 42 Abs. 2 des österreichischen Verwaltungsgerichtshofgesetzes¹⁾, der vorschreibt:

"Der angefochtene Bescheid ist aufzuheben:

- a) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes,
- b) wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde,
- c) wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, und zwar weil
 - 1. der Sachverhalt von der belangten Behörde in einem wesentlichen Punkt aktenwidrig angenommen wurde oder
 - 2. der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung bedarf oder
 - 3. Verfahrensvorschriften außer acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können."

Diese Vorschrift entspricht prinzipiell § 46 VwVfG.

Im Unterschied zu den deutschen Verwaltungsgerichten ist der österreichische Verwaltungsgerichtshof aber als reine Revisionsinstanz konzipiert²⁾, zu deren Verfahrensweise § 42 II c) Nr. 3 Verwaltungsgerichtshofgesetz - wie oben dargelegt - paßt. Im Rahmen des deutschen Verwaltungsprozeßrechts jedoch, das nur das Bundesverwaltungsgericht mit der Entscheidung von Revisionen betraut hat, erweist sie sich als systemfremd.

d) Eine weitere Überlegung kommt hinzu.³⁾

Wäre die Anfechtungsklage ein Rechtsmittel, so stellte sie eine Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens mit anderen Mitteln dar. Es bestünde ein Instanzenzug, in den Verwaltungsverfahren und Verwaltungsstreitverfahren eingegliedert wären.

Eine solche Betrachtungsweise verbietet sich jedoch aus zwei Gründen.

1) In der Fassung der Kundmachung der Bundesregierung vom 6. Mai 1952 (BGBl. Nr. 96); Hervorhebungen des Verfassers.
Vgl. zu dieser Vorschrift Ule, Verwaltungsreform, S. 76 f.

2) So ausdrücklich Wolff, III, § 156 I. a) (S. 274).

3) Zum folgenden vgl. Bettermann, DVB1. 1953, 202 (203).

Einmal steht ihr das Verfassungsrecht entgegen. Unter der Geltung des Gewaltenteilungsprinzips und der Zuweisung der Verwaltungsgerichtsbarkeit an die dritte Gewalt können Verwaltungsbehörde und -gericht niemals einen Instanzenzug und in der Folge davon Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß kein einheitliches fortlaufendes Verfahren bilden. Das Grundgesetz hat zweite und dritte Gewalt streng voneinander getrennt. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist deshalb nicht Fortsetzung der Verwaltungstätigkeit mit anderen Mitteln, sondern Rechtsprechung wie auch die ordentliche Gerichtsbarkeit.¹⁾

Ferner könnten die Gerichte Rechtsmittelbehörden über den Verwaltungsbehörden nur dann sein, wenn sie die gleiche Funktion wie diese hätten. Die Entscheidung der Verwaltungsgerichte ist aber funktionell etwas wesensmäßig anderes als die Entscheidung von Behörden. Die Verwaltungsgerichte sprechen Recht, entscheiden Rechtsstreitigkeiten, während die Verwaltungsbehörden Einzelfälle regeln und Lebensverhältnisse ordnen. Urteil und Verwaltungsakt sind "inkommensurable Größen". Mit der wesensmäßigen Ungleichheit der Funktionen entfällt die Möglichkeit eines einheitlichen Instanzenzuges und Verfahrens von Behörde und Gericht und damit auch die Möglichkeit, die Anrufung der Verwaltungsgerichte als Einlegung von Rechtsmitteln gegen behördliche Maßnahmen anzusehen.²⁾

Die Obertragung von Revisionsgrundsätzen auf den verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß, die in § 46 VwVfG ihren normativen Niederschlag gefunden hat, erweist sich damit als Relikt aus einer Zeit, zu der Verwaltungsgerichtsbarkeit verlängerte Verwaltung war und die Verwaltungsgerichte die Rechtsstellung von Oberverwaltungsbehörden innehatten.³⁾

1) Ebenso Zschacke, Die Zurückverweisung der Sache vom Verwaltungsgericht an die Verwaltungsbehörde, NJW 1958, 1420 (1421). Vgl. ferner Hasso Hofmann, VerwArch. Bd. 58 (1967), 63 (69), 135 (150, 157).

Für das Verhältnis von finanzbehördlichem Verfahren und Finanzprozeß ebenso Richard Naumann, Verwaltungsverfahren - Finanzprozeß, DÖV 1968, 12 (13).

2) Ebenso für die Klage zum Finanzgericht Naumann, DÖV 1968, 12 (14).

3) K. E. Cerutti, a. a. O., Bem. zu § 158, formuliert treffend: "Ein Rechtsmittelverfahren ist die Fortsetzung eines Verwaltungsverfahrens in einem neuen Stadium." Vgl. ferner Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (226 Anm. 29).

III. Verfahrensökonomie

Die prozeßökonomische Wirkungsweise des § 46 VwVfG ist ebenfalls nicht unumstritten.

Denn die von dieser Norm geforderte Prüfung durch Behörde und Verwaltungsgericht, ob bei Einhaltung des formellen Rechts eine andere Entscheidung in der Sache möglich gewesen wäre, kann unter Umständen "einen größeren Arbeitsaufwand verursachen, als wenn der fehlerhaft zustandegekommene VA aufgehoben und durch einen neuen ersetzt wird."¹⁾ Der verfahrenswirtschaftliche Vorteil der Ersparnis eines erneuten Verwaltungsverfahrens (und eventuell auch eines zweiten Verwaltungsprozesses) wird durch erhöhte Anforderungen an die richterliche Prüfungsintensität wieder aufgewogen.²⁾

Außerdem sei darauf hingewiesen, daß der Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie bei der Schaffung des § 46 VwVfG nicht (allein) maßgeblich gewesen sein kann. Sonst wäre nämlich nicht einzusehen, warum der Fehler der sachlichen Unzuständigkeit bei Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung in der Sache nicht ebenfalls unbeachtlich sein soll.³⁾ Die Tatsache, daß die sachliche Unzuständigkeit seit jeher ohne Rücksicht auf ihre materiell-rechtliche Relevanz als erheblich im Rahmen der Aufhebungsprüfung galt⁴⁾, reicht als Erklärung für diese Inkonsequenz wohl kaum hin.

IV. Verbot der Zurückverweisung

Es ist sehr zweifelhaft, ob sich § 46 VwVfG als Konkretisierung eines allgemeinen Verbotes der Zurückverweisung einer Streitsache vom Verwaltungsgericht an die Behörde in die Systematik unserer Rechtsordnung einfügen läßt.⁵⁾

1) Laubinger, JA 1976, 59 (60) = ÖR 19 (20). Vgl. zum negativen Erheblichkeitsnachweis ausführlich § 18 II.

2) Vgl. auch Kopp, Verfassungsrecht, S. 165.

3) So ausdrücklich Wolff/Bachof I, § 51 IV. e) 2. (S. 434). Ebenso Ule, Verwaltungsreform, S. 74.

4) Kopp, VwVfG, 2. zu § 46 mwN; Mußnug, a. a. O., S. 16 ff.

5) Zum folgenden vgl. Wanner, a. a. O., S. 49 ff.

Zwar wollte der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages eine Zurückverweisung einer Streitsache vom Verwaltungsgericht an die Behörde ausschließen.¹⁾ Diese Absicht bezog sich aber nur auf eine Zurückverweisung der Art, wie sie die der VwGO vorangegangenen Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder vorsahen.²⁾ § 59 I des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verwaltungsgerichtsgesetz) für Bayern³⁾ bestimmte beispielsweise: "Bringen die Beteiligten neue Tatsachen oder Beweismittel vor, so kann das Verwaltungsgericht die Sache nach Anhörung der Beteiligten durch Beschluß an die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, oder an die Beschwerdebehörde (§ 48) zur nochmaligen Prüfung und Entscheidung zurückverweisen. ..."

Diese Form der Zurückverweisung, die der Rechtsausschuß nicht in die VwGO übernehmen wollte, unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der "Zurückverweisung", die eine gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsaktes allein aufgrund formeller Fehlerhaftigkeit zur Folge hat.

Jene war nur bei Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismittel möglich. Ferner setzte sie, was entscheidend ist, nicht die Aufhebung des streitgegenständlichen Verwaltungsaktes voraus, sondern stellte eine "rein prozessuale Zwischenentscheidung" dar, welche die Instanz nicht abschloß. "Die Zurückverweisung bewirkte lediglich den Stillstand des Verfahrens, beseitigte aber nicht den ursprünglichen Verwaltungsakt, sondern führte nur zu dessen neuerlicher Überprüfung durch die Verwaltungsbehörde."⁴⁾⁵⁾

1) So der Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (BT-Drucks. III/55), BT-Drucks. III/1094, Begr. zu § 114, S. 11.

2) Vgl. den bereits zitierten Bericht, a. a. O.: "In früheren Verwaltungsgerichtsgesetzen war die Möglichkeit geschaffen, einen Rechtsstreit an die Verwaltungsbehörde zurückzuverweisen, wenn die Beteiligten im gerichtlichen Verfahren neue Tatsachen oder Beweismittel vorbringen. Auf Anregung aus seiner Mitte prüfte der Ausschuß auch diese Verfahrensart. Da die vom Ausschuß angehörten Sachverständigen in ihrer Mehrheit von einer solchen Zurückverweisung abrieten, sah der Rechtsausschuß davon ab, den Gesetzentwurf in dieser Hinsicht zu ergänzen." Der spätere § 113 VwGO verzichtete auf einen entsprechenden Zusatz, so daß sich die Ansicht des Rechtsausschusses durchsetzte.
Vgl. hierzu auch Wanner, a. a. O., S. 49 f. iVm Anm. 119.

- 3) Gesetz Nr. 39 vom 25.9.1946 (GVBl. S. 281).
- 4) So Wanner, a. a. O., S. 51.
- 5) Auf diesen Unterschied der beiden Arten von Zurückverweisung weist auch Zschacke, NJW 1958, 1420 hin.

Eine Reihe von Autoren vertritt daher die Ansicht, daß es sich bei einer Aufhebung ausschließlich wegen formeller Fehlerhaftigkeit nicht um eine dem geltenden Recht fremde Zurückverweisung einer Sache von einem Gericht an eine Verwaltungsbehörde handelt, sondern um eine vollständige Aufhebung des Verwaltungsaktes entsprechend dem Kassationscharakter der Anfechtungsklage.¹⁾

Diese Betrachtungsweise findet ihre Bestätigung in § 79 II 2 VwGO²⁾, der eine Anfechtung und Aufhebung des Widerspruchsbescheides allein wegen formeller Mängel ermöglicht. Nach einer solchen Aufhebung hat die Widerspruchsbehörde erneut über den Widerspruch zu entscheiden; die Aufhebung gem. § 79 II 2 VwGO wirkt somit "zurückverweisend". Dies zeigt, daß dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, eine "Zurückverweisung" infolge Aufhebung ausschließlich formell fehlerhafter Verwaltungsakte nicht gewollt zu haben, ganz abgesehen von dem ohnehin nur sehr begrenzten Aussagewert einer subjektiv-historischen Interpretation.³⁾

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß sich § 46 VwVfG nicht als Konkretisierung eines umfassenden Verbotes der Zurückverweisung bewerten läßt.

1) So besonders deutlich Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (241) (speziell für die gerichtliche Aufhebung wegen ungenügender Sachaufklärung) unter Hinweis auf VG Bremen, Urt. vom 3.4.1957 (NJW 1957, 1207). Ebenso Kopp, Verfassungsrecht, S. 166 Anm. 457. Ferner Christian-Friedrich Menger, Anmerkung zu OVG Münster, Urt. vom 20.3.1950, DVBl. 1950, 674 ff., DVBl. 1950, 677 (678); ähnlich Naumann, DVBl. 1952, 406 f.; im Ergebnis auch Jose, a. a. O., S. 77.
Die Überwiegende Ansicht sieht nach wie vor in einer gerichtlichen Aufhebung ausschließlich aus formellen Gründen eine "Zurückverweisung": Wolff III, § 156 IV. c) 4. (S. 285 f.): "Zurückverweisung an die Verwaltungsbehörde wegen mangelnder Sachaufklärung"; Rautenberg, NJW 1955, 1545; Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183) für eine Aufhebung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs; wohl auch Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (99).
Aus der Rechtsprechung: BVerwG, Urt. vom 26.5.1955, NJW 1955, 1247: "unzulässige Zurückverweisung wegen mangelnder Sachaufklärung"; BVerwGE 10, 202 (204); BVerwG, Urt. vom 19.1.1967, DVBl. 1967, 663 (664) für die Aufhebung wegen Mängeln in der Mitwirkungsverwaltung (im Anschluß an Menger/Ericksen, VerwArch. Bd. 57 (1966), 270 (274 ff., 278)). Vgl. ferner BSGE 9, 277 (280); 24, 134 (137 f.); 36, 181 ff.

2) Wanner, a. a. O., S. 51 f.

3) Auf diesen Gesichtspunkt weist besonders Wanner, a. a. O., S. 49 hin.

V. §§ 75, 79 II VwGO

Teilweise wurde auch - vor Inkrafttreten des § 46 VwVfG - versucht, aus den §§ 75, 79 II VwGO Hinweise für die Rechtsfolgen ausschließlich formeller Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten zu gewinnen.¹⁾

Im Falle der Nichtbescheidung eines Widerspruchs innerhalb angemessener Frist - bei Vorliegen eines Verfahrensfehlers also²⁾ - zwingt § 75 VwGO die Verwaltungsgerichte, trotz der rechtswidrigen Untätigkeit der Widerspruchsbehörde eine Entscheidung in der Sache selbst zu treffen. Das Gericht darf den Verfahrensfehler der Behörde nicht zum Anlaß des Abwartens oder der Zurückverweisung nehmen.³⁾

§ 79 II VwGO läßt die alleinige Anfechtung eines Widerspruchsbescheides wegen Verstoßes gegen wesentliche Verfahrensvorschriften nur zu, "wenn der Bescheid auf dieser Verletzung beruht"; der Verfahrensverstoß ohne inhaltliche Auswirkungen scheidet demnach als Anfechtungsgrund aus.⁴⁾

Diesen verwaltungsprozessualen Vorschriften könnte man entnehmen, § 46 VwVfG sei die Konkretisierung bzw. Fortentwicklung eines Rechtsgedankens, der in der VwGO bereits normativen Niederschlag gefunden hat.

Eine solche Betrachtungsweise scheitert jedoch aus folgenden Gründen. § 75 VwGO verfolgt allein den Zweck, "dem von der Untätigkeit der Behörde Beeinträchtigten den Weg zu den Verwaltungsgerichten zu eröffnen, nicht aber etwas über die Behandlung von Verfahrensfehlern im Prozeß auszusagen."⁵⁾ Daher gibt § 75 VwGO, der zudem eine Ausnahmenvorschrift darstellt⁶⁾, für eine Unbeacht-

1) So Papier, a. a. O., S. 18 f. (neben weiteren Argumenten).

2) Papier, a. a. O., S. 18; Wanner, a. a. O., S. 7 f., 54 f.

3) Papier, a. a. O., S. 18. Vgl. auch Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183).

4) Papier, a. a. O., S. 19.

5) So Wanner, a. a. O., S. 55; Eyermann/Fröhler, a. a. O., § 75 Rdn. 1.

6) So insb. Oettl, a. a. O., S. 36.

lichkeit von formellen Fehlern¹⁾ und damit auch für § 46 VwVfG nichts her.

Dasselbe gilt für § 79 II VwGO. Denn auch diese Vorschrift regelt mit der Frage der Anfechtbarkeit des Widerspruchsbescheides für sich allein nur einen Ausnahmefall.²⁾ Gegenstand der Anfechtungsklage ist in der Regel "der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat" (§ 79 I Nr. 1 VwGO).³⁾⁴⁾

Hinzu kommt, daß § 79 II VwGO durchaus mehreren Deutungen zugänglich ist. So kann diese Bestimmung - wie in § 17 IV. nachgewiesen - auch zur Widerlegung eines allgemeinen Zurückverweisungsverbotes und damit der Unbeachtlichkeitslehre verwendet werden.

§ 79 II VwGO erweist sich daher ebenfalls als ungeeignet zur rechtssystematischen Fundierung des § 46 VwVfG.⁵⁾

Die systematische Kritik des § 46 VwVfG ergibt folgendes:

Diese Vorschrift findet keinerlei Absicherung in den Rechtsinstituten und Strukturen, die gemeinhin als ihre Grundlagen gelten. Sie erweist sich daher als Fremdkörper in unserer Verfahrens- und Prozeßrechtsordnung.

§ 18 Rechtspolitische Kritik

Hauptgesichtspunkte sind die weitgehende Sanktionslosigkeit von formellen Fehlern als Folge des § 46 VwVfG, die praktische Schwierigkeit des negativen Erheblichkeitsnachweises, der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz sowie die Rückschlüsse, die sich aus § 46 VwVfG für die Behandlung von nicht unter diese Vorschrift fallenden formellen Fehlern ergeben.

1) Wanner, a. a. O., S. 54.

2) Eyermann/Fröhler, a. a. O., § 79 Rdn. 6.

3) Vgl. Eyermann/Fröhler, a. a. O., § 79 Rdn. 1.

4) Vgl. ausführlich zu § 79 II VwGO Wanner, a. a. O., S. 22 ff.

5) Vgl. auch Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 58 (1967), 278 (292): "Daß es genügt, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Verletzung verfahrensrechtlicher Normen geltend zu machen, zeigt § 79 Abs. 2 VwGO."

I. Sanktionslosigkeit

Die Autoren, die sich mit § 46 VwVfG bzw. mit den Entwurfsfassungen dieser Vorschrift kritisch auseinandersetzen, bemängeln überwiegend, daß im Falle formeller Fehlerhaftigkeit ohne sachliche Alternative die Rechtsverletzung der Verwaltungsbehörde keine Folgen nach sich zieht, also sanktionslos bleibt.¹⁾

Vereinzelte wird eine ausreichende Sanktionierung von Verfahrensrechtsverletzungen in folgenden Erscheinungen gesehen: in kostenrechtlichen Konsequenzen eines Widerspruchs, der auf formelle Rechtsverstöße ohne denkbare Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt gestützt ist (§ 80 I 4 VwVfG), bzw. einer solchen Klage (§ 155 V VwGO)²⁾; in Eingriffsmöglichkeiten der Kontroll- und Aufsichtsinstanzen³⁾; in verwaltungsinterner Bereinigung⁴⁾; in der

1) Zu § 46 VwVfG: Maurer, JuS 1976, 485 (492).

Zu § 42 Regierungsentwurf von 1973: Wolff/Bachof I, § 51 IV. e) 2. (S. 434); Haueisen, DÖV 1973, 653 (656); Laubinger, JA 1976, 59 (60) = ÖR 19 (20).

Zu § 36 EVwVerfG 1963: Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516); Ule, Verwaltungsreform, S. 71 f.; Ule/Becker, a. a. O., S. 54; Kopp, Verfassungsrecht, S. 33; Haueisen, DOK 1972, 611 (613).

Vgl. ferner Schwarze, a. a. O., S. 67: "Ohne zwingende rechtliche Sanktion müssen die bereits im Verwaltungsverfahren eingebauten und dementsprechend vorverlagerten Sicherungen letztlich wirkungslos bleiben." Menger/Erichsen, VerwArch. Bd. 57 (1966), 270 (277); Wanner, a. a. O., S. 67 ff.; Neuser, a. a. O., S. 79; Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (221 f.); Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95); ferner Forsthoff, a. a. O., S. 229 f. (bez. örtlicher Unzuständigkeit).

2) Kuhn, a. a. O., 12. zu § 109 (zu § 155 V VwGO); Sendler, DÖV 1959, 439 (443) und Schickedanz, ZRP 1975, 182 (183 f.) ebenfalls zu § 155 V VwGO.

Kopp, VwVfG, 3. und 4. zu § 80 will § 80 I 2 VwVfG analog auf Fälle der Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG anwenden, zumindest dann, wenn die Unbeachtlichkeit nicht offensichtlich ist.

3) Papier, a. a. O., S. 16.

4) Mußgug, a. a. O., S. 17 f. bez. Kompetenzverletzungen (gegen Forsthoff, a. a. O., S. 229 f.).

Amtshaftungsklage, soweit infolge des formellen Rechtsverstoßes ein Schaden entstanden ist.¹⁾

Indessen gewährt allein die verwaltungsgerichtliche Aufhebung des formell fehlerhaften Verwaltungsaktes dem betroffenen einzelnen ausreichenden Rechtsschutz²⁾, weil nur sie die aus der Rechtsverletzung resultierende Beschwerde vollständig ausräumt.

Die Selbstkontrolle der Verwaltung genügt z. B. dann nicht, wenn die Behörde den Verwaltungsakt bereits auf Weisung der Aufsichts- oder Widerspruchsbehörde hin erlassen hat; denn in diesem Fall wird die Oberbehörde in aller Regel ihren Standpunkt bekräftigen und den Rechtsbehelf zurückweisen.³⁾

Politische Kontrollinstanzen sind nicht befugt, Verwaltungsakte aufzuheben.⁴⁾ Auch disziplinarrechtliche Maßnahmen und Amtshaftungsklagen führen letztlich nicht zur Aufhebung des fehlerhaften Verwaltungsaktes.⁵⁾

Die rechtspolitische Gefahr, die aus dieser Sanktionslosigkeit des formellen Rechts resultiert, offenbart sich in dreierlei Hinsicht.

Da im Falle einer Verfahrensrechtsverletzung ohne potentielle Auswirkung auf den Entscheidungsinhalt Sanktionen wirksamer Art nicht zu befürchten sind, wird die Verwaltung den formellen Vor-

1) Kuhn, a. a. O., 12. zu § 109; Papier, a. a. O., S. 16: "stärkere mittelbare Sanktionierung des Verwaltungsunrechts im Verhältnis zum Richterunrecht durch das geltende öffentlich-rechtliche Schadensersatzrecht (§ 839 II BGB, Richterprivileg)" (Hervorhebungen im Text); auch Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 2 betont die Sanktionierung eines Verfahrensverstosses durch die Amtshaftung und würdigt diese als eine der "positiven Seiten" des § 46 VwVfG.

2) Wanner, a. a. O., S. 67 ff.

3) Wanner, a. a. O., S. 68.

4) Wolff III, § 166 I. b) (S. 400).

5) Wanner, a. a. O., S. 69.

Auch Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516) weist darauf hin, daß Disziplinarmaßnahmen keine hinreichende Sanktion darstellen.

schriften "keine besondere Beachtung schenken"¹⁾. Zwar wird dem entgegengehalten, der handelnde Beamte könne nicht von vorneherein wissen, wie ein Verwaltungsrichter das "Beruhen-können" und damit die Rechtsfolgen der Verfahrensfehlerhaftigkeit beurteilen werde.²⁾ Obwohl dieses Argument einiges für sich hat, wird man doch sagen können, daß § 46 VwVfG generell geeignet ist, Verfahrensvorschriften in ihrer Bedeutung und Bindungswirkung bloßen Sollvorschriften gleichzustellen.

Diese Entwicklung bringt "einen unerträglichen Einbruch in die Berechenbarkeit der Rechtsanwendung"³⁾ mit sich, denn mit der faktischen Auflockerung der Normbindung der Verwaltung wird immer weniger vorhersehbar, wie die Entscheidung im Einzelfall aussehen wird. Dasselbe gilt auch für die gerichtliche Entscheidung, da der negative Erheblichkeitsnachweis, wie noch darzulegen sein wird⁴⁾, beträchtliche Unsicherheitsfaktoren in sich birgt.

Weiter hat die Sanktionslosigkeit eine Gefährdung des Rechtsfriedens zur Folge, weil die "Durchschaubarkeit und Korrektheit - ... - des Verfahrens" und damit die Überzeugung des Bürgers, ihm sei recht geschehen, verlorengeht.⁵⁾

1) So Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516). Ähnlich Kopp, Verfassungsrecht, S. 165.

Besonders deutlich auch Ule, Verwaltungsreform, S. 71 f.: "Ein Verwaltungsverfahrensgesetz, dessen Vorschriften von den Behörden, die es anzuwenden haben, verletzt werden kann, ohne daß die in einem solchen fehlerhaften Verfahren zustande gekommenen Verwaltungsakte deshalb nichtig oder vernichtbar sind, ist nicht geeignet, die Beachtung der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze zu sichern."

Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 4 spricht in diesem Zusammenhang von "rechtspolitischen Bedenken einer Entwertung der Verfahrensvorschriften", die sich durch eine restriktive Interpretation des § 46 VwVfG (Alternativlosigkeit, Fehlerstatbestände) mildern ließen.

2) So Sendler, AöR Bd. 94 (1969), 130 (150).

3) So Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95).

4) Vgl. hierzu eingehend § 18 II.

5) So Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95). Ebenso Wolff/Bachof I, § 51 IV. e) 2. (S. 434), die darauf hinweisen, daß das gerichtliche Erheblichkeitsurteil den Betroffenen nur selten überzeugen wird.

II. Der negative Erheblichkeitsnachweis

Als dogmatische Basis des § 46 VwVfG wurde oben (§ 14 III) u. a. auch die Verfahrensökonomie angeführt. Die Unbeachtlichkeit von formellen Rechtsverstößen bei sachlicher Alternativlosigkeit erspare es den Verwaltungsbehörden, so wird argumentiert, erneut - und zwar aufgrund eines fehlerfreien Verfahrens - denselben Verwaltungsakt zu erlassen.

Voraussetzung dieser Unbeachtlichkeit ist jedoch die Feststellung des Verwaltungsgerichts, daß auch bei Beachtung des formellen Rechts keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. "Die Fällung dieses hypothetischen Urteils kann u. U. einen größeren Arbeitsaufwand verursachen, als wenn der fehlerhaft zustandegekommene VA aufgehoben und durch einen neuen Bescheid ersetzt wird."¹⁾ Häufig wird der Erheblichkeitsnachweis auch gar nicht erbracht werden können²⁾, insbesondere dann, wenn das Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält. Da insoweit die Auswahl unter den verschiedenen Entscheidungsalternativen ihrerseits von der Beachtung der Form- und Verfahrensvorschriften abhängt, wird der negative Kausalitätsnachweis meist zweifelhaft bleiben und § 46 VwVfG damit nicht zur Anwendung kommen. Die formelle Rechtsverletzung führt also im Ergebnis doch zur Aufhebung des Verwaltungsaktes, und zusätzlich werden die Gerichte "mit einer oft schwierigen Prüfung belastet", "die vielleicht mehr Aufwand erfordert als der Neuerlaß eines VA, der ... eingespart werden soll."³⁾

1) So Laubinger, JA 1976, 59 (60) = ÖR 19 (20).

2) Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516 f.); vgl. auch Foerster, SKV 1969, 183 (184) für die Formvorschriften: "Ein solcher Nachweis wird nämlich oft nicht geführt werden können, so daß letztlich entscheidet, wer die "Beweislast" trägt und das wird heute im Zweifel die Behörde sein."

3) So Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516 f.); ebenso Kopp, VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (226 f. Anm. 32).

Weiter führt "ein Einbruch der Rechtsprechung in Bereiche, die ihr wesensfremd sind und deshalb einen erheblich höheren Aufwand an Zeit und Arbeitskraft erfordern", zu einer weiteren Überlastung der Verwaltungsgerichte und damit zu einer Beeinträchtigung der Rechtsschutzaufgabe derselben.¹⁾

Ferner besteht die Gefahr, daß die Behörden im Vertrauen auf eine "Heilung" der formellen Fehler im Prozeß dem Verwaltungsverfahren weniger Beachtung schenken und auch der Bürger im Hinblick auf die Sanktionslosigkeit der Verfahrensvorschriften denselben nur geringe Bedeutung beimessen wird. Diese beiden Konsequenzen führen ihrerseits "zu einer weiteren Zunahme der Rechtsschutzbegehren an die Gerichte".

§ 46 VwVfG wirkt sich daher im Ergebnis nachteilig auf die Qualität des gerichtlichen Rechtsschutzes aus.²⁾

III. Funktionale Zuordnung von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz

Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist weiter von Interesse, wie § 46 VwVfG mit der modernen funktionalen Zuordnung von Verfahrensrecht und gerichtlichem Rechtsschutz vereinbar ist.³⁾

Wie in § 3 II. dargelegt, wird dem Verwaltungsverfahren und dem zugehörigen Recht in zunehmendem Maße "Rechtsschutzfunktion" beigelegt. Diese Sichtweise des Verwaltungsverfahrensrechts beruht auf der Erkenntnis, daß der gerichtliche Rechtsschutz Lücken rechtlicher (Ermessen, Beurteilungsspielraum, Nachträglichkeit des Rechtsschutzes) und faktischer Art (übermäßig lange Dauer von Verwaltungsprozessen) aufweist, die mit den systemimmanenten Mitteln des Verwaltungsprozeßrechts nicht ausgefüllt werden können.

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 165.

2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 165. Ebenso ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (226).

3) Die maßgebliche Bedeutung der Bestimmung des funktionalen Zusammenhangs von Verwaltungsverfahrensrecht und gerichtlichem Rechtsschutz für die Problematik des Anspruchs auf Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte hebt Bender, Staatshaftungsrecht, FN 355 (S. 104) hervor.

Um der Rechtsschutzgarantie dennoch größtmögliche Wirkungskraft zu verleihen, wird gefolgert, Rechtsschutz sei nicht ausschließlich Sache der Gerichte; bereits das Verwaltungsverfahren sei unter Rechtsschutzaspekten zu sehen, ihm komme "Ergänzungsfunktion für nicht hinreichend effektive Gerichtskontrolle"¹⁾ zu.

Im Rahmen der rechtspolitischen Würdigung des § 46 VwVfG kommt es nun entscheidend darauf an, welche Folgerungen sich aus dieser modernen Zuordnung von Verwaltungsverfahrensrecht und prozessualen Rechtsschutz für die Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern ohne denkbare Auswirkungen auf den Entscheidungsinhalt ergeben.²⁾

Solange die Verwaltungsgerichte unter Ausschluß anderer Kontrollformen nur sich selbst Rechtsschutzkompetenzen zumessen und in Anspruch nehmen, "möglichst umfassend die Hoheitsakte der Verwaltung zu kontrollieren und im Ergebnis die einzig sachlich-richtige Entscheidung zu treffen", ist es folgerichtig, daß Mängel und Fehler im Entscheidungsprozeß des Verwaltungsaktes nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Verfahrensverstoß den Verwaltungsakt in seinem sachlichen Gehalt beeinflussen konnte. Dem entspricht "nur eine auf das Ergebnis bezogene dienende Funktion" des Verwaltungsverfahrensrechts.³⁾

Diese Betrachtungsweise kann aber dann nicht mehr gelten, wenn zunehmend verfahrensmäßige Lösungen an Boden gewinnen und der Verwaltungsrichter den "Kontrollumfang verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung" mit Rücksicht auf die Verteilung der Rechtsschutzfunktion auf Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung beschränkt. In diesem Fall muß sich die Wertigkeit des Verwaltungsverfahrensrechts erhöhen⁴⁾, was konkret bedeutet, daß dieses "in seiner

1) Lorenz, a. a. O., S. 181.

2) Zum folgenden vgl. Schwarze, a. a. O., S. 66 ff.

3) So Schwarze, a. a. O., S. 66.

4) Schwarze, a. a. O., S. 66.

kompensierenden Funktion als notwendige rechtliche Folge prinzipiell mit unbedingtem Geltungsanspruch ausgestattet sein muß. Für den Bereich richterlicher Nachprüfung bedeutet dies, daß der Verzicht auf eine möglichst umfassende Gerichtskontrolle und auf die einzig richtige Lösung als Konsequenz jede Relativierung des Verfahrensrechts unter dem Aspekt verbietet, der Verfahrensverstoß sei auf den Inhalt der Entscheidung der Verwaltung letztlich ohne Einfluß geblieben." Wird dem Bürger als Ersatz für die beschränkte Gerichtskontrolle Rechtsschutz bereits im Rahmen des Verwaltungsverfahrens gewährt, so muß "dieser Weg auch konsequent offengehalten werden".¹⁾ Das aber ist nur der Fall, wenn das Verwaltungsgericht bei Vorliegen eines Verfahrensmangels den betroffenen Verwaltungsakt allein aus diesem Grund aufheben muß, "unabhängig davon, ob dieser Fehler das Ergebnis der Verwaltungsentscheidung beeinflußt hat".²⁾

Aufgrund dieser Überlegungen erweist sich § 46 VwVfG, dem das traditionelle Modell ausschließlich gerichtlicher Rechtsschutzkompetenz zugrundeliegt, als unvereinbar mit der modernen, im Vordringen befindlichen Rechtsschutztheorie.

§ 46 VwVfG ist ein Beispiel für die normative Festschreibung der überkommenen Lehre, die die Rechtsschutzfunktion des Verfahrensrechts nicht erkennt, zumindest nicht die richtigen Schlüsse daraus zieht. Diese Bestimmung wird dazu beitragen, das Vordringen der neuen Lehre, die allein eine sachgerechte Rechtsschutztheorie liefert, zu blockieren.

IV. Rückschlüsse aus § 46 VwVfG auf die Behandlung von nicht unter diese Vorschrift fallenden formellen Fehlern

Vereinzelte wird § 46 VwVfG deshalb positiv bewertet, weil er den zwingenden Rückschluß erlaube, daß Verfahrens- und Formfehler immer dann einen Aufhebungsanspruch begründeten, wenn diese Vorschrift keine Anwendung finde, sei es, weil es sich um nicht

1) Schwarze, a. a. O., S. 68.

2) Schwarze, a. a. O., S. 70.

privilegierte Fehler handelt, sei es, weil eine Entscheidungsalternative gegeben ist. Insofern erweitert § 46 VwVfG gegenüber der bisherigen Rechtslage den Rechtsschutz durch seinen Einfluß auf die Interpretation des § 113 VwGO.¹⁾

Diese Bewertung des § 46 VwVfG geht von einer irrigen Annahme aus. Vor Inkrafttreten des § 46 VwVfG wurde nie bestritten, daß formelle Fehler im Falle nicht auszuschließender Entscheidungserheblichkeit Rechtswidrigkeit und Aufhebbarkeit des betroffenen Verwaltungsaktes begründeten.²⁾ § 46 VwVfG brachte daher keine Erweiterung des Rechtsschutzes gegenüber der bisherigen Rechtslage.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß § 46 VwVfG, rechtspolitisch gesehen, einen Rückschritt darstellt. Es wäre besser gewesen, der Gesetzgeber hätte auf eine Regelung der Rechtsfolgen formell fehlerhafter Verwaltungsakte verzichtet, da der theoretische Boden hierfür noch nicht hinreichend bereitet, insbesondere die Entwicklung einer umfassenden Rechtsschutztheorie noch nicht abgeschlossen ist.³⁾

Den Autoren, die für eine Streichung der mit § 46 VwVfG übereinstimmenden Entwurfsfassungen plädierten⁴⁾, ist aus diesem Grund zuzustimmen.

1) So Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 46 Rdn. 2.

2) Vgl. die Nachweise bei Kopp, VwVfG, 1. zu § 46.

3) A. A. jedoch Dürig, ZPF 1964, 616 (620): "Es wird in den Vorschriften der §§ 33 - 39 (sc. EVwVerfG 1963) versucht, die in Schrifttum und Rechtsprechung ausreichend dargelegten Auffassungen auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen ...".

4) Ule, Verwaltungsreform, S. 77; Hauelsen, DOK 1972, 611 (615); ders., DÜV 1973, 653 (655 Anm. 14).

2. Kapitel: § 45 VwVfG

§ 19 Verfassungsrechtliche Würdigung

In der Rechtslehre werden gegen eine Heilung von Verfahrensfehlern durch Nachholung der zunächst unterbliebenen Handlung oder Maßnahme verfassungsrechtliche Bedenken erhoben.

So wird vertreten, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlange, daß die Verwaltungsbehörden durch Einhaltung des vorgeschriebenen Verwaltungsverfahrens von vorneherein in Übereinstimmung mit dem Recht handelten.¹⁾ Ein Nachholen von Verfahrenshandlungen könne nicht mehr den eigentlichen Zweck der Verfahrensgarantien erfüllen, die ursprüngliche Sachrichtigkeit der Entscheidung zu gewährleisten.²⁾

Dieselben Folgerungen werden teilweise auch aus dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit hergeleitet.³⁾ Die Zulässigkeit einer Nachholung von Verfahrenshandlungen im Prozeß vermindere den Wert des Verwaltungsverfahrens und dessen Bedeutung für die Rechtssicherheit⁴⁾. Weiterhin sei bei Zulässigkeit einer Heilung von Verfahrensmängeln im Prozeß die Einlegung von Rechtsmitteln einem hohen - unkalkulierbaren - Risiko ausgesetzt.⁵⁾

-
- 1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 94; vgl. auch VG Sigmaringen, Urt. vom 17.9.1962, DVBl. 1963, 824 (825): "Wäre die Heilung von Verfahrensverstößen im Verwaltungsverfahren durch ein ordnungsmäßiges Rechtsmittelverfahren gewährleistet, so verlören die Verfahrensvorschriften jegliche Bedeutung. Die durch Art. 20 Abs. 3 GG vorgeschriebene Bindung der vollziehenden Gewalt an das Gesetz stünde bei Gesetzen verfahrensrechtlichen Inhalts nur auf dem Papier."
Anders allerdings Bettermann, DVBl. 1963, 826 (827) unter Hinweis auf die Kontrolle auch der Aufsichtsbehörden über die Verwaltungsbehörden.
Zum Zusammenhang von Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Heilung vgl. auch Haueisen, DÖV 1973, 653 (656 f.), der eine Beschränkung der Heilungsmöglichkeit auf Ausnahmefälle fordert.
- 2) Kopp, Verfassungsrecht, S. 95; ebenso ders., VwVfG, 4. c) zu § 45 (für die Nachholung der Anhörung).
- 3) Vgl. Haueisen, DÖV 1973, 653 (656 f.).
- 4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 145.
- 5) Kopp, Verfassungsrecht, S. 145 f.

Zur Begründung der Unzulässigkeit einer Heilung im Prozeß dient ferner Art. 19 IV GG.¹⁾ Diese Verfassungsnorm gewährleiste effektiven Rechtsschutz, was bedeute, daß sich das Gericht auf reine Rechtskontrolle des Verwaltungsaktes zu beschränken habe und nicht Erwägungen anstellen dürfe, die noch nicht Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens waren.²⁾ Nur so ließe sich auch eine Überlastung der Gerichte vermeiden und die Qualität des gerichtlichen Rechtsschutzes verbessern.

Dieselben Folgerungen werden aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz gezogen.³⁾ Ein Gericht, vor dem wesentliche Teile des Verwaltungsverfahrens nachgeholt werden könnten, sei nicht mehr als Rechtsprechungsorgan, sondern als Behörde tätig, obwohl es nicht "über dieselben Fachkenntnisse und Erfahrungen und die Übersicht über die insgesamt mit einer Regelung verbundenen Probleme" verfüge wie die moderne Exekutive.⁴⁾ Das Verwaltungsgerichtsverfahren sei ferner ein aliud gegenüber dem vorangegangenen Verwaltungsverfahren; das Verwaltungsgericht habe nicht die Rechtsstellung einer "Oberbehörde"⁵⁾.

Schließlich folgert man aus der Tatsache, daß nur die Exekutive, nicht auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit parlamentarischer Kontrolle unterliegt, daß die Verwaltungsgerichte auf reine Rechtskontrolle beschränkt sind und ihnen keine Verwaltungsaufgaben übertragen werden dürfen. Die Nachholung von Verfahrenshandlungen im Prozeß mache aber das Gericht zu einer Instanz, vor der "Verwaltung" stattfindet.⁶⁾

Diese verfassungsrechtliche Beurteilung der Heilung von Verfahrensmängeln ist jedoch für § 45 VwVfG nur sehr begrenzt verwertbar. Denn alle diese Stellungnahmen - mit Ausnahme derjenigen zum Gesetzmäßigkeitsprinzip - beziehen sich auf eine Nachholung von

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 162 ff.

2) Vgl. Jose, a. a. O., S. 76 f. zur Nachholung rechtlichen Gehörs während des Verwaltungsprozesses.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 246 ff.

4) Kopp, Verfassungsrecht, S. 96.

5) So Kopp, Verfassungsrecht, S. 246; vgl. auch S. 252.

6) Kopp, Verfassungsrecht, S. 198 ff.

Verfahrenshandlungen im Verlauf eines Verwaltungsprozesses.¹⁾

§ 45 VwVfG läßt jedoch - wie sich aus Abs. 2 ergibt - eine Nachholung nur mehr bis zum Abschluß des Vorverfahrens bzw. bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage zu²⁾, wenn man von § 45 I Nr. 1 VwVfG einmal absieht. In den Fällen der Nachholung vor Klageerhebung bestehen aber die oben aufgezeigten Bedenken nicht, da die Heilung dann im Bereich ein und derselben Gewalt, nämlich der Exekutive erfolgt.³⁾⁴⁾

Aber auch § 45 I Nr. 1 VwVfG, der die Nachholung des für den Erlaß eines Verwaltungsaktes erforderlichen Antrages auch noch während des Verwaltungsprozesses ermöglicht⁵⁾, erweist sich im Ergebnis als verfassungsgemäß. Denn im Unterschied zu den unter Nr. 2 bis 5 des § 45 I VwVfG aufgeführten Verfahrenshandlungen (Begründung, rechtliches Gehör, Mitwirkung einer Behörde bzw. eines Ausschusses) führt die Zulassung der Antragstellung auch noch im Verwaltungsstreitverfahren zu keiner gravierenden Kompetenzverschiebung im Verhältnis von Behörde und Gericht. Die nachträgliche Antragstellung während des Verwaltungsprozesses zwingt das Gericht lediglich, den Antrag zur Kenntnis zu nehmen und in seine rechtliche Beurteilung einzubeziehen, ohne daß es hierzu der spezifischen Sachkunde und Erfahrung bedürfte, über die nur die Verwaltungsbehörde in ausreichendem Maße verfügt. Im Ergebnis verschiebt sich nur der Zeitpunkt, welcher der gerichtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung zugrundeliegt.

1) Vgl. ausdrücklich Jose, a. a. O., S. 78; ferner Ule, Verwaltungsreform, S. 72; Kopp, VwVfG, Allg. Vorbem. 9. c).

2) Für die Nrn. 2 bis 5 setzt Abs. 2 eine "Ausschlußfrist" fest; so Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 45 Rdn. 12.

3) Kopp, Verfassungsrecht, S. 97 Anm. 252; ebenso ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), 219 (227 Anm. 34).

4) Für eine Nachholung während des Widerspruchsverfahrens folgt dies daraus, daß dieses mit dem Ausgangsverfahren eine Einheit bildet. Vgl. §§ 15 III., 20 III.

5) Nach Kopp, VwVfG, 4. a) zu § 45, ist Nr. 1 dieser Bestimmung analog anwendbar auf die nachträgliche Genehmigung eines Antrages, der der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, des Vormundschaftsgerichts usw. bedarf bzw. auf die Genehmigung eines wegen fehlender Verfahrenshandlungsfähigkeit (§ 12 VwVfG) nicht wirksam gestellten Antrages durch den inzwischen voll verfahrenshandlungsfähig gewordenen Beteiligten; ebenso auf eine Zustimmung eines Beteiligten zu einem (zustimmungsbedürftigen) Verwaltungsakt.

Auch mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung steht § 45 I Nr. 1 VwVfG in Einklang. Zwar verlangt dieses Prinzip, daß die Verwaltungsbehörden durch Einhaltung des Verwaltungsverfahrens von vornherein in Übereinstimmung mit dem Recht handeln.¹⁾ Aber schon in § 16 I. wurde dargelegt, daß das Legalitätsprinzip unmittelbar nichts über die Rechtsfolgen aussagt, die eintreten, wenn diesem Verfassungssatz zuwider gehandelt worden ist. Es ist daher nicht erforderlich, daß der zunächst ohne Antrag erlassene Verwaltungsakt aufgehoben wird, gleichgültig, ob der Antrag nachgeholt wird oder nicht. Das Rechtsstaatsprinzip steht einer Nachholung des Antrags auch noch im Lauf des Verwaltungsprozesses nicht entgegen.

§ 45 VwVfG ist eine verfassungsgemäße Norm.

§ 20 Systematische Kritik

Eine Betrachtung des § 45 VwVfG aus systematischer Sicht hat an den in § 15 dargestellten dogmatischen Grundpositionen dieser Vorschrift anzusetzen.

I. Dienende Funktion des Verfahrensrechts

Aufgrund der Darlegungen in Teil I und § 17 I. kann die These von der bloß dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts als widerlegt gelten. Dieses funktionelle Modell der Zuordnung von Verwaltungsverfahrensrecht und materiellem Recht erscheint daher auf den ersten Blick auch nicht geeignet, § 45 VwVfG systematisch mitzutragen.

Bei näherem Zusehen zeigt sich aber doch ein wesentlicher Unterschied zwischen den §§ 45, 46 VwVfG. Während § 46 VwVfG einen formellen Rechtsverstoß bei sachlicher Alternativlosigkeit ohne jede Sanktion fortbestehen läßt, wird ein solcher im Falle des § 45 VwVfG in der Regel noch vor Klageerhebung gänzlich behoben.

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 94.

§ 45 VwVfG realisiert also das Modell vom ausschließlich materiell-rechtlichen Bezug des Verfahrensrechts in erträglicherem Ausmaß als § 46 VwVfG, so daß systematische Bedenken zurückgestellt werden können.

II. Verfahrensökonomie

Da es § 45 VwVfG der Verwaltung erspart, im Falle der rechtzeitigen Nachholung von Verfahrenshandlungen das gesamte Verwaltungsvorgehen in fehlerfreier Weise zu wiederholen, und damit auch einen eventuellen Zweitprozeß vermeiden hilft, verwirklicht diese Norm den Grundsatz der Verfahrenswirtschaftlichkeit. Im Unterschied zu § 46 VwVfG ist nämlich die Prüfung, ob eine Heilung erfolgt ist, in einfacher Form möglich und nicht mit der Klärung komplizierter Fragen verbunden, die den prozeßökonomischen Vorteil der Regelung wieder aufwiegen.¹⁾

III. Einheit von Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren

Die dritte Säule des § 45 VwVfG - das Dogma von der Einheit von Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren - ist ohnehin kaum umstritten. Kritische Stimmen zu einer vereinheitlichenden Sicht beider Verfahren sind vereinzelt und ohne Widerhall geblieben. Sie beziehen sich zudem nicht auf den Zusammenhang dieser Doktrin mit der Heilungsproblematik.²⁾

Aus systematischer Sicht fügt sich § 45 VwVfG in die geltende Verwaltungsrechtsordnung ein.

§ 21 Rechtspolitische Kritik

I. Sanktionslosigkeit

Wie schon bei § 46 VwVfG, so wird auch die Sanktionslosigkeit der in § 45 VwVfG aufgeführten Verfahrensfehler bemängelt³⁾, die

1) Vgl. § 13.

2) BVerwGE 2, 55 (64 f.); Renkl, a. a. O., S. 119.

3) Hauelsen, DOK 1972, 611 (613); ders., DÖV 1973, 653 (656); Weyreuther, DVBl. 1972, 93 (95); ähnlich VG Sigmaringen, Urt. vom 17.9.1962, DVBl. 1963, 824 (825) und Kopp, Verfassungsrecht, S. 266 (zu § 35 EVwVerfG 1963).

zur Nichtbeachtung des Verfahrensrechts durch die Verwaltung¹⁾ und in der Folge davon zu einer Gefährdung der Berechenbarkeit der Rechtsanwendung und des Rechtsfriedens führt.

Soweit kostenrechtliche Konsequenzen als ausreichende Sanktion der Verletzung formellen Rechts angesehen werden²⁾, ist dem aus den bereits dargestellten Gründen³⁾ nicht zu folgen.⁴⁾

Der Unterschied zwischen § 46 VwVfG und § 45 VwVfG läßt die Sanktionslosigkeit dieser Bestimmung in einem milderen Licht erscheinen. Bleibt dort ein fortbestehender Verfahrensmangel ohne Sanktion, so bezieht sich hier die Folgenlosigkeit auf einen nur kurze Zeit existenten Verfahrensfehler, der zudem noch von der Verwaltung selbst behoben wird.⁵⁾

II. Funktionale Zuordnung von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz

§ 45 VwVfG fügt sich auch in das oben skizzierte Modell einer

- 1) Vgl. Maurer, JuS 1976, 485 (492): "Die Nachholbarkeit mag aus praktischen Gründen sinnvoll und richtig sein, sie relativiert aber die jeweiligen Verfahrensvorschriften. So muß die Behörde zwar nach § 28 I den Betroffenen vor Erlaß des VAS Gelegenheit zur Äußerung geben; sie kann dies aber gem. § 45 auch noch nachher tun!" (Hervorhebungen im Text).
- 2) So wohl Musterentwurf, Einzelbegr. zu §§ 35, 36, S. 159 betr. § 65 I 2 EVwVerfG 1963, der § 80 I 2 VwVfG entspricht: "Gerade unter dem Gesichtspunkt einer solchen "Kostenrückwirkung" erscheint es gerechtfertigt, Fehler dieser Art unter den Voraussetzungen des § 35 ohne Folgen für den Bestand des Verwaltungsaktes sein zu lassen." Ebenso Voucko, a. a. O., S. 106 Anm. 298, S. 158 iVm Anm. 459. Ähnlich auch Badura, a. a. O., S. 272 für die Nachholung der Begründung. Zu § 80 I 2 VwVfG vgl. näher Meyer in Meyer/Borgs, VwVfG, § 80 Rdn. 9; Kopp, VwVfG, 3. und 4. zu § 80.
- 3) Vgl. § 18 I.
- 4) So auch Hauelsen, DÖV 1973, 653 (656 Anm. 16) zu § 76 I 2 Regierungsentwurf von 1973: "Es ist keine Sanktion gegenüber der Verletzung einer Vorschrift, wenn - ... - aus der Verletzung einer Vorschrift des Verwaltungsverfahrensrechts nur kostenrechtliche Folgerungen gezogen werden." Ebenso zu § 65 I 2 EVwVerfG 1963 Hauelsen, DOK 1972, 611 (613 Anm. 12).
- 5) Vgl. Ule/Becker, a. a. O., S. 54: "Um die Beachtung der in § 35 aufgestellten Verfahrens- und Formvorschriften zu sichern, sollten daher alle hier erwähnten Verfahrenshandlungen spätestens im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden müssen."

"Rechtsschutzverteilung" auf Anfechtungsprozeß und Verwaltungsverfahren ein. Denn im Falle der nachträglichen Vornahme der Verfahrenshandlung gem. § 45 VwVfG läuft die Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrens und seiner Rechtsinstitute nicht leer wie bei § 46 VwVfG. Sie kommt lediglich zeitversetzt zum Zuge¹⁾, da es § 45 VwVfG als ausreichend ansieht, daß die Nachholung im Lauf des Widerspruchsverfahrens stattfindet.

Als Gesamtergebnis der Kritik des § 45 VwVfG ist festzuhalten: Die Vorschrift ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Sie fügt sich ferner, rechtssystematisch und rechtspolitisch betrachtet, in die geltende Rechtsordnung und deren erkennbare Entwicklungstendenzen ein.

1) Anders wohl Schwarze, a. a. O., S. 70, aber zweifelnd.

Lebenslauf

Ich, Reinhard Eibert, wurde am 27. Februar 1950 als Sohn des Verwaltungs-Oberinspektors Otto Eibert und seiner Ehefrau Liselotte, geborene Stoll, in Nürnberg geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule Stein bei Nürnberg von 1956 bis 1960 trat ich in das Willstätter-Gymnasium Nürnberg über. Im Juni 1969 legte ich dort das Abitur ab.

Im Wintersemester 1969/70 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg auf. Nach einer Studienzeit von acht Semestern bestand ich am 12.12.1973 die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "gut" (3, 50).

Ab 1. März 1974 leistete ich den Referendardienst im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg bzw. im Regierungsbezirk Mittelfranken. Am 1.9.1976 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung mit der Note "gut" (3, 21).

Seit 1.3.1977 bin ich als Regierungsrat z. A. bei der Regierung von Mittelfranken in Ansbach tätig.

OFFSETDRUCK – DISSERTATIONENDRUCK
UNI – Copy GmbH
MAXPLATZ 13
8500 NÜRNBERG
TEL. 0911 – 22 63 16